

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

MATHEUS GOSSN DE OLIVEIRA

**A IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE COISA
JULGADA NA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA
ANTECIPADA**

Florianópolis – SC
2016

MATHEUS GOSSN DE OLIVEIRA

**A IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DA COISA
JULGADA NA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA
ANTECIPADA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Caetano Dias
Corrêa.

Florianópolis – SC

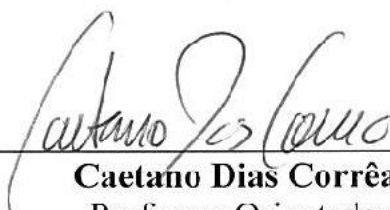
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE COISA JULGADA NA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA”, elaborado pelo acadêmico **Matheus Gossn de Oliveira**, defendido em **02/12/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

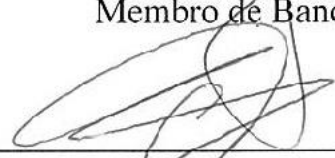
Florianópolis, 02 de dezembro de 2016



Caetano Dias Corrêa
Professor Orientador



Eduardo de Avelar Lamy
Membro de Banca



Caio Henrique Bocchini
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Matheus Gossn de Oliveira**

RG: **43.708.965-4**

CPF: **342.343.118-04**

Matrícula: **12100129**

Título do TCC: **A IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE COISA JULGADA NA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA**

Orientador(a): **Caetano Dias Corrêa**

Eu, Matheus Gossn de Oliveira, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 02 de dezembro de 2016.

A assinatura manuscrita de Matheus Gossn de Oliveira, escrita em tinta preta, sobre uma linha horizontal.

Matheus Gossn de Oliveira

À minha avó Alcina, à minha mãe Solange e ao meu tio Miguel, por todo o amor, carinho e dedicação, sem os quais não conseguiria trilhar os caminhos tortuosos que escolhi.

Ao meu avô Miguel, cujos conselhos e ensinamentos jamais esquecerei, embora às vezes eu seja descuidado.

À Edimir Caporalin, por me tratar como um filho.

Every year is getting shorter
Never seem to find the time
Plans that either come to naught
Or half a page of scribbled lines
Hanging on in quiet desperation is the English way
The time has gone, the song is over
Thought I'd something more to say

(Pink Floyd, Time)

RESUMO

O *caput* do art. 304 do CPC, prevê a estabilização da tutela antecipada antecedente, o processo é extinto se não for interposto o respectivo recurso pelo réu, contudo, o § 5.º desse mesmo artigo, impõe prazo decadencial para que a decisão possa ser revista, reformada ou invalidada, incutindo dúvidas na doutrina, se o legislador de 2015 previu a incidência de coisa julgada a uma tutela que se entende incompatível com seus requisitos.

Nesse sentido, a partir de investigações doutrinárias acerca do assunto em livros e artigos, o presente trabalho busca compreender a estabilização da tutela antecipada a partir de sua contraposição à coisa julgada, visando identificar suas semelhanças e divergências para então concluir acerca da viabilidade de incidência da *res iudicata* na decisão sumária estabilizada após o decaimento do direito de sua revisão, reforma ou invalidação depois de dois anos.

Para atingir tal propósito, estuda-se , primeiro, o regime jurídico das tutelas antecipáveis instituído no Código de Processo Civil de 2015, percorrendo as particularidades das técnicas previstas, a fim de se compreender a autonomia da tutela satisfativa por meio de sua estabilização.

Posteriormente, estuda-se o contexto de formação da coisa julgada, estabelecendo as noções acerca da preclusão processual, das finalidades do instituto, das controvérsias sobre seu conceito e de sua abrangência no litígio posto a apreciação.

Por fim, contrapõe-se as características da estabilidade provida pela estabilização da tutela à estabilidade sistêmica da coisa julgada, podendo-se concluir que o novo instituto criado não se confunde com a coisa julgada, mas revela-se algo novo, passível de nova denominação.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015. Tutelas de urgência. Tutelas provisórias. Técnicas de antecipação. Estabilização da tutela antecipada. coisa julgada.

ABSTRACT

The art. 304, caput of CPC, provides for the stabilization of the satisfactory tutelage. The case is extinguished if the defendant does not bring the respective appeal, however, paragraph 5.º of that same article imposes a decadential period so that the decision can be reviewed, reformed or invalidated, raising doubts in the doctrine, if the legislator of 2015 Predicted the incidence of *res iudicata* to a tutelage that is considered incompatible with its requirements.

In this sense, based on doctrinal investigations about the subject in books and articles, the present study seeks to understand the stabilization of the anticipatory tutelage based on its opposition to the *res iudicata*, aiming to identify their similarities and divergences, and then to conclude about the feasibility of *res iudicata* incidence in the summary decision stabilized after the decay of the right of its revision, reform or invalidation of two years.

To achieve this purpose, first, the legal regime of anticipatory tutelages established in the Code of Civil Procedure of 2015 is studied, covering the particularities of the techniques envisaged, in order to understand the autonomy of the satisfying tutelage by means of its stabilization.

Subsequently, the context of the formation of the *res iudicata* is studied, establishing the notions about the procedural preclusion, the aims of the institute, the controversies about its concept and its scope in the litigation under appreciation.

Finally, the characteristics of the stability provided by the stabilization of the tutelage to the systemic stability of the *res iudicata* are contrasted, and it can be concluded that the new institute created is not confused with the *res iudicata*, but it is something new, which could be renamed.

Keywords: Code of Civil Procedure of 2015; Urgency tutelages; Provisory tutelages; Anticipation technics; Stabilization of the anticipatory tutelages; *res iudicata*;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. TUTELA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	14
1.1 Contextualização da tutela provisória em relação a tutela definitiva	14
1.2 Tutela Provisória: características e classificações	17
1.2.1 Poder geral de tutela provisória	20
1.2.2 Formas de requerimento: entre a urgência e a evidência.	22
1.2.2.1 Tutelas de Urgência: uma visão panorâmica.....	24
1.2.2.1.1 pressupostos para a urgência	25
1.2.2.1.1.1 perigo da demora	25
1.2.2.1.1.2 probabilidade do direito	27
1.2.2.1.1.3 irreversibilidade: a modulação da tutela	28
1.2.2.1.2 tutela antecipada conferida em caráter antecedente e sua estabilização	30
1.2.2.1.2.1 autonomização do procedimento antecipado	30
1.2.2.1.2.2 A monitorização do processo	34
2. PRECLUSÃO E COISA JULGADA	36
2.1 Preclusão: a dinâmica processual.....	36
2.1.1 Preclusão: suas espécies.....	38
2.1.1.1 preclusão temporal.....	39
2.1.1.2 preclusão lógica	40
2.1.1.3 preclusão consumativa	40
2.2 Coisa julgada	41

2.2.1	Contextualização jurídica, social e política da coisa julgada.....	42
2.2.2	A normatização da coisa julgada no ordenamento juridico brasileiro.....	44
2.2.3	A falsa impressão da coisa julgada formal	46
2.2.4	Conteúdo, efeitos e eficácias das decisões	48
2.2.5	Natureza jurídica da coisa julgada.....	51
2.2.6	Limites objetivos da Coisa julgada.....	56
2.2.6.1	Efeito positivo, negativo e preclusivo da coisa julgada	58
2.2.6.1.1	efeito negativo	59
2.2.6.1.2	efeito positivo	59
2.2.6.1.3	eficácia preclusiva.....	60
3.	A CONFORMAÇÃO DA COISA JULGADA NA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE ESTABILIZADA	63
3.1	Conteúdo das tutelas provisórias.....	63
3.2	O problema da declaração na estabilização e a coisa julgada	68
3.2.1	Certificações de cognição sumária	70
3.2.2	Efeito positivo, negativo e preclusivo da estabilização	72
3.2.3	A indiscutibilidade das eficácias antecipadas.....	74
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
	REFERÊNCIAS.....	80

INTRODUÇÃO

A finalidade do processo é uma das questões que mais incute desconforto nas mentes inquietas da processualística. A história do processo testemunha uma espécie de movimento pendular em cujos extremos opostos do pêndulo se encontram os princípios da segurança jurídica e da efetividade, ora o processo pendendo para um lado, ora para outro. José Carlos Barbosa Moreira, refletindo sobre a questão em meados da década de 1980, assim dispôs:

É fato notório, hoje em dia, a crescente e generalizada preocupação com a efetividade do processo. Se por “efetividade” se entende aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena, poderia julgar-se necessário, e não sem alguma lógica, que a qualquer discussão séria do assunto houvesse de preceder uma clara tomada de posição acerca do fim que se atribui ao processo. (MOREIRA, 1984, p. 27).

As palavras do mestre completam trinta e cinco anos agora em 2016, seriam, ainda, da época de sua escrita, necessários sete outonos para o autor da presente monografia nascer, no ano de 1988. Porém, sua problemática não se demonstra menos que atual.

Não se pretende, nestas breves considerações iniciais, dissecar os termos jurídicos que se utilizará. Serão empregados para situar os institutos deste trabalho, bem como demonstrar sua importância, no ordenamento pátrio.

Exauriu-se o momento em que o tempo não preocupava o processualista, o qual detinha o processo como um fim em si mesmo, sem se ater ao direito material, não observando que aquele só encontra sentido se se presta a viabilizar esse. Não há razão na preponderância da forma sobre o conteúdo, assim como não o há presentear a alguém com uma bela caixa vazia.

Foram “os conflitos individuais e transindividuais intrínsecos à vida social” (ASSIS, 2015, p. 363) que exigiram do processualista uma mudança de perspectiva a fim de distribuir o ônus do tempo no processo, tal como, lecionar que a tutela dos direitos atrelada à técnica processual, são os instrumentos para enfrentar a morosidade da prestação jurisdicional. (MARINONI et al., 2015).

O tempo – a demora – para a jurisdição conferir o direito a quem de fato o tem, ainda que se mostre inconveniente, é consequência inerente à devida tutela de direitos, é uma conquista da sociedade contra a arbitrariedade de outrora. Consagrado no art. 5º, LIV, da CF/1988, o devido processo legal, consubstanciado ao direito ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV da CF/1988), aliado ao imperativo de respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CF/1988) consolida a segurança jurídica no

ordenamento jurídico brasileiro. (DIDIER et al., 2016).

Entretanto, o mesmo art. 5º, em seu inciso XXXV, pressupõe o princípio da inafastabilidade da jurisdição, bem como, no inciso LXXVIII, a duração razoável do processo. Nas palavras do professor Araken de Assis (2015), não se deve entender tais princípios como mera garantia à prestação jurisdicional a todos, mas sim, de acesso à tutela jurisdicional em tempo hábil, isto é, de modo efetivo. A resposta do judiciário deverá ser condizente ao direito material envolvido, e tempestiva, pois nada adianta a justiça tardia.

Nesse sentido, é da tensão destes dois direitos fundamentais, o da segurança jurídica e o da inafastabilidade da jurisdição, que decorre o objeto desta monografia.

O cumprimento estrito do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, em muitas ocasiões, pode ocasionar irremediável prejuízo ao direito material que se almeja. O tempo exigido para seus devidos atendimentos pode ser elemento decisivo para a tutela jurisdicional tornar-se inefetiva. Por essa razão, o legislador também previu como direitos fundamentais, a inafastabilidade da jurisdição e a duração razoável do processo, assim, cabendo ao juiz sopesar qual deve prevalecer para que o ônus da demora não recaia apenas a uma das partes, levando-se em conta os elementos fáticos e jurídicos da lide, assim como o bem da vida em conflito. (RIBEIRO, 2015).

A partir desse paradigma é que sobressaem as agora tutelas provisórias, as quais, a despeito da terminologia empregada a denominá-las no código vigente, são técnicas processuais com fins a garantir a devida efetividade da tutela jurisdicional em tempo oportuno. Luiz Guilherme Marinoni, no prefácio da obra *Antecipação de Tutela*, de Daniel Mitidero (2014, p. 11), assinalou:

Tenho insistido para a necessidade de o processo civil ser pensado na perspectiva da tutela de direitos, o que significa olhar para o tecido normativo processual a partir dos direitos fundamentais processuais, compreendendo-se o processo como um conjunto de técnicas que devem permitir o efetivo alcance da tutela prometida pelo direito substancial.

Embora o presente trabalho atente para uma das modalidades das tutelas provisórias, a tutela de urgência antecipada antecedente, para que se possa compreendê-la, e por fim analisar comparativamente sua estabilização à estabilidade da coisa julgada, há de se entender o regime jurídico no qual está inserida.

Nesse sentido, delimita-se o objeto de pesquisa como sendo a possibilidade de configuração da coisa julgada na estabilização da tutela antecipada antecedente, em razão do art. 304, § 5º, do CPC, intituir prazo de dois anos contados da ciência da decisão estabilizada

para essa ser revista, reformada ou invalidada, gerando dúvidas se o legislador do Código de 2015, prevê a indiscutibilidade e imutabilidade na decisão estabilizada, tal como o art. 502 do CPC prevê para as decisões definitivas.

Nessa linha, formula-se a seguinte hipótese como resposta ao problema: não há possibilidade de configuração de coisa julgada na estabilização da tutela antecipada. Então, o objetivo geral desta monografia é verificar a possibilidade de configuração de coisa julgada na estabilização da tutela antecipada.

Como objetivos secundários, a fim de subsidiar a verificação da hipótese proposta, analisar-se-á sinteticamente os textos doutrinários acerca da tutela antecipada antecedente e do fenômeno de sua estabilização no primeiro capítulo.

No segundo capítulo, haverá a investigação das principais estabilidades jurisdicionais, isto é, a preclusão processual e a coisa julgada, a fim de conceituá-las e apontar suas divergências doutrinárias. Ainda neste capítulo, embora também predomine a análise sintética, utilizar-se-á de métodos comparativos para com legislações anteriores, bem como alguns elementos indutivos para se entender a coisa julgada. Contudo, antecipa-se que quanto a preclusão, seu tema não será exaurido, seu delineamento será imprescindível para compreender a coisa julgada, a qual será analisada com mais minúcia a partir das clássicas controvérsias doutrinárias entre Barbosa Moreira e Ovídio Baptista, para que se possa extrair um conceito mais ou menos uniforme a seu respeito e subsidiar a identificação de seus limites e efeitos.

Após percorrer essas noções, no último capítulo, adentrar-se-á no cerne da discussão, a qual se conformará pela contraposição das características da estabilização da tutela, com as características da coisa julgada, pretendendo-se confirmar a impossibilidade de configuração desta, naquela.

1. TUTELA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

1.1 Contextualização da tutela provisória em relação a tutela definitiva

Para melhor compreensão das tutelas provisórias, discorrer-se-á, a princípio, acerca das tutelas definitivas. Isso porque, a jurisdição, como sistema específico de resolução de conflitos, pode conferir tanto tutelas definitivas como provisórias. Assim, como “a tutela provisória é a tutela que se pretende definitiva concedida após cognição sumária” (DIDIER, 2016, p. 575), convém, de início, apontar as especificidades da definitiva.

A função constitucional da tutela provisória sobrevém do atrito entre os princípios da segurança jurídica e da inafastabilidade da jurisdição, como já disposto; a tutela definitiva, em contrapartida, advém da sintonia entre esses.

Enquanto o art. 5º, inciso LIV, da CF/1988 institui o devido processo legal, determinando o monopólio da jurisdição ao Estado-Juiz, assim, impedindo a autotutela, o inciso XXXV, desse mesmo artigo, determina que o Estado tem o dever de apreciar toda lesão ou ameaça a direitos, mas, não só, há de fazê-lo respeitando o contraditório e a ampla defesa, conforme o inciso LV. (ZAVASCKI, 2009).

Nesse sentido, mediante o devido processo legal, o Estado deve apreciar e conferir a tutela a uma infinidade de direitos, seja ela por causação de dano ocorrido ou contínuado, no caso tutela reparatoria ou sancionatória; por remoção de ilícito cujos efeitos se perpetuam, tutela reintegratória; e por inibição ao ilícito iminente ou iniciado com aptidão de impedir sua ocorrência, repetição ou prolongamento, tutela preventiva. (ASSIS, 2015). Porém, sempre viabilizando que as partes envolvidas no litígio possam utilizar das diversas vias de convencimento do juízo. Teori Albino Zavascki esclarece a questão:

Diz mais a constituição: “aos litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV). Ou seja, a tutela jurisdicional será conferida em processo em que os indivíduos envolvidos no conflito terão, em igualdade de condições, a oportunidade de formular suas razões de ataque e de defesa em face do litigante adversário, produzir provas, interpor recursos, enfim, utilizar amplamente os meios apropriados a fazer com que o prato da balança penda em seu favor. (2009, p. 18).

O Ministro dispõe em seguida ainda, das consequências de subordinação ao devido processo legal, o que culmina na predisposição do resultado obtido à coisa julgada:

Finalmente, esgotadas as oportunidades para invocar as garantias do devido processo legal, pronunciado o juízo e, se necessário, encetadas as providências concretas de efetivação do julgado, a atividade jurisdicional estará concluída, tornando-se imutável o resultado da “apreciação” feita pelo Estado-Juiz, do conflito de interesses a ele subordinado, resultado esse que deverá ser respeitado, inclusive pelas leis supervenientes. (2009, p.19).

Dos aspectos apresentados, subsiste, assim, duas características inerentes às tutelas definitivas. Primeira, são obtidas com profundo debate sobre o objeto da lide, oportunizando-se os diversos meios impugnatórios às partes, respeitando o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório; isto é, são obtidas a partir de cognição exauriente. Segunda, a decisão proferida adquire inclinação a ter seus resultados imunizados pela coisa julgada. Dessa forma, em contrapartida a tutela provisória, cujo prestígio é sobretudo o acesso a justiça e a efetividade, a tutela definitiva prestigia a segurança jurídica. (BUENO, 2014).

No que se refere a coisa julgada, por oportuno, não haverá a sua discussão neste momento, o próximo capítulo ocupar-se-á de pormenorizá-la. Porém, para que não se haja de forma muito rasa neste momento, entende-se que a coisa julgada é um efeito jurídico que torna imutável e indiscutível a decisão.

Quanto à cognição exauriente, embora já se possa intuir seu conceito pelo já discutido, cabe menção aos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni:

A tutela é exauriente quando é prestada mediante um procedimento em que ambas as partes foram ouvidas – ou, pelo menos, tiveram a oportunidade de ser ouvidas – e em que decisão se encontra fundada em um quadro probatório completo – ou, pelo menos, em um quadro probatório tão completo quanto admitido pela natureza do procedimento. (MARINONI et al., 2015, p. 48).

As espécies das tutelas definitivas são as satisfativas e a cautelar.

Em que pese à teoria ternária da ação, defendida por doutrinadores como Didier e Humberto Theodoro Júnior, muito por conta de entenderem dispensável a classificação quinária, uma vez que o sistema conjugou a execução ao processo de conhecimento (fase de cumprimento de sentença), assim, as ações mandamentais e executivas *lato sensu* são tratadas como espécies da ação condenatória por ambas redundarem na efetivação da prestação da tutela jurisdicional, diferenciando-se, apenas, quanto a técnica empregada (Didier et al., 2015); entende-se, nesse trabalho, importante, a diferenciação autônoma das cinco espécies de ações: declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas *lato sensu*.

Nessa linha, as tutelas definitivas satisfativas são as que almejam a entrega de um bem da vida, distinguem-se em dois tipos, as que visam a certificação do direito material, e as que pretendem sua efetivação. (DIDIER et al., 2016). As tutelas de certificação a uma prestação

(ações condenatórias), via de regra, aglutinam a certificação do direito material, a sua seguida efetivação, ou seja, a entrega do bem da vida almejado pela fase do cumprimento de sentença. Pode-se, assim, diferenciar as tutelas de certificação conforme as ações correspondentes em declaratórias, constitutivas e condenatórias (acertamento com efetivação), enquanto as de efetivação “puras” são as executivas e mandamentais.

No que tange à tutela definitiva cautelar, sua função é de assegurar a satisfação. Visa proteger o bem da vida almejado que será discutido mediante o procedimento adotado a se obter a tutela definitiva satisfativa. Remonta-se por uma breve digressão que, nesse sentido, em meados da vigência do Código de Processo Civil de 1973, não havia uma concepção firme acerca da tutela cautelar como um direito material específico. A existência de um meio autônomo a garantir a segurança de uma tutela satisfativa, velava a noção da própria existência a tutela à segurança. O direito material ao acautelamento, por ser direito meio a garantir a satisfação, era anuviado pela técnica processual (processo cautelar), que era o meio à sua viabilidade. Confundia-se, ambos, por terem um denominar comum na intermediação, um enquanto instrumento e o outro enquanto tutela. (MARINONI et al., 2015, p. 44).

Entretanto, no Código de Processo Civil atual não há mais o processo cautelar, porém, subsiste o direito material ao acautelamento de outro direito, razão pela qual, subsiste a tutela cautelar. Em síntese, Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 44) dispõe: “Ter direito no plano material signitativa ter direito à tutela do direito e à sua exigibilidade”.

Assim, não se deve confundir a técnica a se obter o acautelamento de um direito, com o próprio direito ao acautelamento, ainda mais, com o direito a ser acautelado.

As características da tutela cautelar distinguem-se da tutela satisfativa além de seus objetos (acautelamento e certificação/efetivação). Primeira, o direito acautelado sempre se refere ao direito objeto da tutela satisfativa, pela doutrina, é a referibilidade, não há tutela cautelar sem se referir a um direito material que se acautele. Segunda, a tutela cautelar é temporária, somente produzirá efeitos enquanto houver a necessidade de proteção ao direito acautelado a que se presta, uma vez obtida a tutela satisfativa definitiva, evai-se seu propósito. (DIDIER et al., 2016).

Posto que temporária, a tutela cautelar não deixa de ser definitiva, pois o oposto de definitividade é a provisoriedade. Temporariedade remete-se a sua duração no tempo. Como a cautelar se presta a proteger a viabilidade da satisfação, somente dura enquanto esse estado de necessidade se mostrar oportuno, mas não haverá decisão que a substitua. A tutela provisória é

assim denominada na medida em que virá a ser substituída pela definitiva de igual natureza, a título de exemplo, imagina-se os alimentos fixados em 20% dos rendimentos de um pai – provisória satisfativa –, proferida a decisão definitiva, os alimentos são fixados em 30% – definitiva satisfativa. Já a cautelar definitiva, por ser temporária, não será substituída por outra de igual natureza, apenas deixará de produzir efeitos, para exemplificar, operada a satisfação de um direito de crédito, o arresto perde a eficácia, contudo, não será substituído por outra medida assecuratória, o que ocorre é a satisfação que torna a tutela cautelar inócua. (DIDIER et al., 2016).

O mestre Araken de Assis esclarece:

A medida provisória não dura para sempre, mas pressupõe evento sucessivo tornando-a desnecessária. Tal consistiria no provimento definitivo, formulando a regra jurídica concreta para os litigantes. Temporário é o que não dura sempre, sem que se pressuponha a ocorrência de outro evento subsequente substituindo-o. (2015, p. 376).

Como não há substituição da tutela cautelar por outra de igual natureza, a cautelar é, assim, definitiva enquanto presta a assegurar o bem da vida, mas, seus efeitos têm duração limitada em função da efetivação ou certificação do bem a que se refere, as qualidades podem coexistir.

Por fim, a tutela cautelar baseia-se na probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e no perigo da demora (*periculum in mora*), ou seja, é fundada em cognição sumária se com relação ao direito acautelado, mas, exauriente com relação ao direito à cautela, tendo em conta a profundidade cognitiva necessária para seu deferimento. Inclusive, em razão disso, parte da doutrina posiciona-se pela existência da coisa julgada cautelar. (DIDIER et al., 2016).

Neste momento, também, não haverá maiores discussões a respeito dos fundamentos da tutela cautelar. Por coincidirem com os da tutela provisória de urgência, serão aprofundados em momento mais oportuno.

1.2 Tutela Provisória: características e classificações

Há um ressentimento doutrinário pelo legislador, aparentemente unânime, no emprego do termo “tutelas provisórias” para definir as técnicas processuais tratadas dos artigos 294 ao 311 do CPC/2015.

O que o Projeto da Câmara denominava “Tutela antecipada”, no último momento, foi

alterado para o famigerado vocábulo. Cassio Scarpinella Bueno com sutil acidez crítica:

Para o prezado leitor que entender se tratar de mera mudança de nome, quiza mais adequado para descrever a novel disciplina legislativa, não haverá maiores dificuldades de entender que as modificações ocorridas na última etapa do processo legislativo não esbarram no devido processo legislativo (art. 65, parágrafo único, da CF). Diferentemente, para quem entender que a nova disciplina legal vai além de meras questões terminológicas, o vício no processo legislativo é conclusão irretrorquível, a começar pelo nome dado ao instituto. (2016, p. 265-266)

Araken de Assis, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Fredie Didier Jr., entre outros nomes da doutrina, seguem a mesma orientação, alguns demonstrando mais, outros comedidamente, seus descontentamentos¹.

A despeito das críticas doutrinárias, a nomenclatura não será rejeitada. É assim empregada pelo código e logo, será aqui utilizada com as devidas ressalvas quando oportuno.

Já se disse, a tutela definitiva demora, é construída em atenção à segurança jurídica, bem como ao devido processo legal, confere-se às partes oportunidades de defesa e ataque, assim, requer maior formalidade para seu deferimento, razão pela qual é atrelada à cognição exauriente, em tese, exaure-se todas as questões possíveis e arguíveis do litígio.

Entretanto, tal demora para a efetivação da tutela pode incorrer num grave ônus a uma das partes, sobretudo, a com razão, isto é, não lhe é devido suportar o ônus da demora da efetivação de seu direito. (MARINONI et al., 2016). Assim, a tutela provisória, ao contrário da definitiva, insurge do conflito proveniente da inafastabilidade da jurisdição e da segurança jurídica, em atenção à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII).

Promulgada no ano de 2004, a não tão mais recente “Emenda Constitucional 45 consagrou explicitamente no texto da constituição a garantia fundamental da razoável duração do processo judicial e administrativo e dos meios que assegurem a celeridade de sua tramitação.” (WAMBIER e TALAMINI, 2016, p. 860). Embora não seja limitado às tutelas provisórias, obviamente, é possível observá-la em todas as providências céleres, como nos juizados especiais, arbitragem e mediação, ação monitória, súmulas vinculantes, entre outras, em razão do tema tratado, sua importância é inquestionável.

Dessa forma, como ensina Teori Albino Zavascki, já que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a autotutela, “é direito de quem litigia em juízo obter do Estado a entrega da tutela em tempo e em condições adequadas a preservar, de modo efetivo, o bem da

¹ ASSIS, Araken de, **Processo Civil Brasileiro**. V. II, T. II, p. 361; MARINONI et al., 2016, p. 196; DIDIER et al., 2016, p. 581.

vida que lhe for devido, ou, se for o caso, obter dele medida de garantia de qual tutela será efetivamente prestada.” (2009, p. 28).

Por essas razões, é nesse contexto que sobressai a técnica de antecipação, denominada tutela provisória no código, com principal função de “abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição” (DIDIER, 2016, p. 581), viabiliza a antecipação dos efeitos da tutela definitiva, ou seja, a “entrega [...] do bem da vida, do proveito, da utilidade ou da vantagem almejada pelo autor na abertura do processo, mediante provimento liminar, ou em fase anterior à que, segundo o rito comum, o autor chegaria a essa posição.” (ASSIS, 2015, p. 361).

Nesse momento, remete-se a questão dos efeitos antecipáveis para o terceiro capítulo deste trabalho (*infra* 3.1), pois dada sua relevância, preferiu-se desenvolvê-la mais próxima às discussões finais. Para a ocasião, os contornos bastam.

Retomando-se, por privilegiar a efetividade em detrimento a segurança, a tutela provisória possui características diversas da tutela definitiva. Em não poucas ocasiões, o contraditório é diferido, concede-se a medida sem ouvir a parte contrária em razão da urgência ou evidência. Nessa linha, sua cognição é sumária, uma vez que há decisão baseada num juízo de probabilidade das alegações serem verídicas.

Além disso, a tutela provisória, conforme dispõe o art. 296, parágrafo único do CPC, é precária. Embora conserve sua eficácia na pendência do processo, poderá, a qualquer tempo, caso haja alguma mudança fática ou jurídica relevante, ser revogada ou modificada. Ademais, consequência da sumaridade e precaridade, não é capaz de tornar-se indiscutível e imune pela coisa julgada. (DIDIER, 2016).

Adverte-se, não se está diante da tutela antecipada – nos termos do CPC - propriamente dita, mas, sim, da técnica antecipada.

Com viabilidade de fornecer uma visão panorâmica, Leonardo Greco (2014) classifica a tutela provisória seguimentando-a a partir de três critérios: o da natureza, o temporal e o funcional.

O da natureza remete-se aos pressupostos de fato para eventual concessão da tutela, divide-se em urgência, com *periculum in mora*, quando há risco à efetividade da tutela definitiva cautelar ou satisfativa em função do tempo. Ou na evidência, quando não há risco, mas a parte que a requer estabelece suas razões em comprovadas alegações de fato, demonstrando que não deve suportar o ônus do tempo. (MARINONI et al., 2015).

Pelo critério temporal, distingue-se em antecedente ou incidental, conforme o modo como é pleiteada, se antes ou no curso da ação. (GRECO, 2014).

O funcional, refere-se ao conteúdo da tutela provisória pleiteada, isto é, às suas espécies. Será, então, cautelar ou satisfativa.

Em razão da tutela provisória antecipar efeitos da tutela definitiva, possui como suas espécies, as mesmas da tutela definitiva. Nesse sentido, poderá antecipar tanto os efeitos satisfativos, o que o CPC passou a chamar de antecipados equivocadamente, como os não satisfativos. (DIDIER, 2016).

Quanto ao tema das tutelas provisórias cautelares - as satisfativas serão trabalhadas aprofundadamente nos próximos subcapítulos -, Fredie Didier Jr., ainda, perfaz apontamento muito oportuno:

A tutela provisória cautelar antecipa os efeitos da tutela definitiva não-satisfativa (cautelar), conferindo eficácia imediata ao direito à cautela. Adianta-se, assim, a cautela a determinado direito. Ela somente se justifica diante de uma situação de urgência do direito a ser acautelado, que exija sua preservação imediata, garantindo sua futura e eventual satisfação (arts. 294 e 300, CPC). A tutela provisória cautelar tem, assim, dupla função: é provisória por dar eficácia imediata à tutela definitiva não-satisfativa; e é cautelar por assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa, na medida em que resguarda o direito a ser satisfeito, acautelando-o. (DIDIER, et al., 2016, p. 583).

Por fim, e devido à provisoriedade, a técnica de antecipação subsistirá até que a tutela definitiva venha substituí-la; confirmando-a, revogando-a ou modificando-a (art. 296).

1.2.1 Poder geral de tutela provisória

A sistemática demonstrada, apresenta, portanto, a tutela provisória como técnica de antecipação de efeitos da tutela definitiva. Contudo, perante as infinitas situações nas quais a tutela provisória é cabível, o CPC conferiu ao juízo uma discricionariedade para, diante das provas apresentadas, criar “condições efetivas para assegurar direito e/ou satisfazê-los de imediato”. (BUENO, 2016, p. 272.). Veja-se, o poder disponível, não é confundível com arbitrariedade, o magistrado deve motivar adequadamente sua decisão (art. 298, CPC) a fim de realizar a interpretação correta do caso concreto.

Embora não seja novidade no ordenamento jurídico brasileiro, o poder geral de cautela,

previsto inclusive no Código de Processo Civil de 39², sofreu um alargamento de suas incumbências no Código vigente.

Na égide do Código de 73, o instituto era previsto no art. 798³, setor no qual se encontrava o processo cautelar autônomo, ensejando demasiadas discussões sobre seus limites, principalmente, porque a redação era dúbia, a título de exemplo, a expressão “medidas provisórias que julgar adequadas” gerava incerteza da possibilidade de conceder-se medidas satisfativas, visto que, se estava diante de um processo dito cautelar, logo, como a asseguaração não se confunde com a satisfação, eis o problema. A discussão foi solucionada em 1994 pela instituição da antecipação de tutela no art. 273, CPC/73, mais ainda com a admissão da fungibilidade entre as tutelas satisfativas e cautelares pelo § 7º desse mesmo artigo em 2002. (RIBEIRO, 2015).

De toda sorte, a discussão, hoje, é importante para compreender a evolução da processualística brasileira; diante do Código de Processo Civil de 2015 são inócuas. Isso porque, o Código, a partir de uma interpretação sistêmica dos arts. 294⁴, 297⁵ e §§ 1º e 2º do 300⁶, estabeleceu uma extensão da noção do poder geral de cautela, antes restrito as medidas cautelares aparentemente, abarcando tanto as tutelas satisfativas de urgência e evidência, quanto as de urgência cautelares; inclusive, conferindo ao magistrado, por meio da contracautela, a possibilidade de exigir garantias quando vislumbrar necessário, como também, quando não estiver convencido; estabelecer justificação prévia. “Há, portanto, expressamente, no âmbito do Código de Processo Civil de 2015, um *poder geral de tutela provisória*, seja para a hipótese de

² Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: [...]

³ Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

⁴ Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

⁵ Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

⁶ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. [...]

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

urgência (cautelar e antecipação de tutela), seja para a evidência” (RIBEIRO, 2015, p. 108)

Daí a razão de não mais ser profícuo o debate apresentado: a asseguuração e a satisfação foram unidas num único regime, no qual o juiz possui liberdade de conceder proteção imediata a qualquer direito.

1.2.2 Formas de requerimento: entre a urgência e a evidência.

Neste ponto, no que se refere especificamente às tutelas de urgência, atentar-se-á apenas aos seus contornos. Em momento mais oportuno, haverá o devido aprofundamento. Todavia, tendo em conta a necessária objetividade deste trabalho, para que não haja relegação de algum conteúdo, haverá um aprofundamento acerca da tutela de evidência, importante para dispor os parâmetros de divergência para com a modalidade satisfativa das tutelas de urgência.

O art. 294 do CPC dispõe que a tutela provisória pode fundamentar-se na urgência ou na evidência. Menciona ainda, em seu parágrafo único, que sua modalidade de urgência poderá, ser antecipada (satisfativa) ou cautelar.

O art. 300 do CPC exige, para a concessão da tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito (“*fumus boni iuris*”) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (“*periculum in mora*”). Daniel Mitidiero faz críticas contundentes acerca da redação dada a esse último pressuposto, as quais serão vistas adiante (*infra* 1.2.2.1.2.1).

No tocante a tutela de evidência, o legislador, no art. 311 do CPC, optou pela prescindibilidade da necessidade de demonstração do risco da demora para sua concessão. Para tanto, seu fundamento deverá ser em robustas arguições e demonstrações probatórias que permitem ao juízo inferir alta probabilidade de quem a pleiteia ter razão, motivo pelo qual, seria injusto a parte suportar o ônus do tempo advindo de uma cognição exauriente. (DIDIER et al., 2016).

Entretanto, realça-se a forma como Luiz Guilherme Marinoni enfrenta o dispositivo, explicando-o a partir da noção de “defesa inconsistente”. O artigo prevê quatro hipóteses nas quais a reação do réu é “inconsistente ou provavelmente o será”, ensejando a concessão da tutela. (2015, p. 200).

Com base nisso, critica a redação positivada, demonstrando a perda de oportunidade do

legislador em dispor conceitos mais adequados:

Na realidade, o conceito de defesa inconsistente – que tem sua inspiração no direito francês, em que se subordina a concessão do *référé provision* à existência de uma obrigação não *sérieusement contestable*, art. 809 do *Code de Procédure Civile* – já seria suficiente para abarcar todas as hipóteses previstas no art. 311. Esse era o conceito, aliás, que mais bem servia a iluminar os conceitos de “abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” constantes do direito anterior como hipóteses autorizadoras de antecipação da tutela não fundada em perigo. (MARINONI et al. 2015, p. 201)

O professor ainda conclui discorrendo que, por essa razão, o inciso I do art. 311, CPC, deve ser compreendido de forma mais abrangente possível, a fim de acobertar toda hipótese na qual a defesa do réu se mostrar débil em relação às arguições do autor. (MARINONI et al., 2015)

Ademais, a tutela de evidência, por dispensar o elemento da urgência, só poderá ser satisfativa. Isso porque, não há possibilidade de pleitear tutela provisória cautelar fundada, apenas, nas hipóteses do art. 311, a urgência é elemento intrínseco à cautelaridade, não há cautelaridade sem o perigo da demora, entretanto, nada impede que haja tutela provisória cautelar com fundamento, além do *periculum in mora*, na evidência do direito a cautela.

O que se exige para a concessão do acautelamento é o direito à satisfação ser provável. Logo, se além disso, houver alegações irrefutáveis ou de difícil refutamento de que o direito a cautela seja viável, melhor para quem o requer:

É importante lembrar que evidência do direito à cautela não se confunde com probabilidade do direito acautelado. Esta última é um pressuposto para que a tutela cautelar (definitiva ou provisória) seja concedida, de modo que, para que seja deferida a tutela cautelar, é necessário aferir a probabilidade do direito acautelado. O que não se exige é que o requerente preencha uma das hipóteses descritas nos incisos do art. 311, nem tampouco se permite que ele pleiteie a tutela provisória cautelar apenas com fundamento naquelas hipóteses normativas. (DIDIER et al., 2016, p. 584).

Em que pese o posicionamento apresentado, ainda que não mencionado pelo doutrinador, o que se demonstra conveniente, inclusive, seria o requerimento da tutela provisória de urgência satisfativa combinada a evidência, tendo em conta sua possibilidade de estabilização. Entretanto, o momento não é o apropriado para maiores discussões, os institutos serão ainda enfrentados.

O parágrafo único do art. 294 do CPC ainda dispõe sobre duas formas de requerimento das tutelas provisórias de urgência. Poderão ser pleiteadas em caráter antecedente ou incidental. O requerimento incidental, conforme art. 295, independe do pagamento de custas, enquanto, a contrario sensu, o pagamento de custas no pleito antecedente é imprescindível, “como toda e

qualquer ação” (MARINONI et al., 2015, p. 206).

A forma antecedente caracteriza-se pelo ajuizamento do pedido de tutela provisória antes da dedução completa do pedido da tutela definitiva. O legislador previu-a para situações em que a urgência impede o autor a “levantar os elementos necessários para formular o pedido de tutela definitiva (e respectiva causa de pedir) de modo completo e acabado, reservando-se a fazê-lo posteriormente.” (DIDIER et al., 2016, p. 586).

Quanto a forma incidental, identifica-se pelo requerimento no bojo do processo, com a tutela definitiva já exposta ou sendo exposta, nesse último caso, quando há o pedido de tutela definitiva conjugado ao pedido de tutela provisória na petição inicial.

Em síntese apertada:

[...] o requerimento pode ser formulado: a) na própria petição inicial (contestação, petição de ingresso do terceiro ou de manifestação do Ministério Público); b) em petição simples; c) oralmente, em mesa de audiência ou durante a sessão de julgamento no tribunal – quando deve ser reduzido a termo; d) ou no bojo da petição recursal. O requerimento pode veicular postulação de qualquer tipo de tutela provisória (de urgência ou evidência), satisfativa ou cautelar [...] (DIDIER et al., 2016, p. 586-587).

Por fim, conforme Humberto Theodoro Jr. (2016) esclarece, convém dispor que o legislador não previu a tutela de evidência requerida por procedimento antecedente, reservando-o apenas para as modalidades de urgência.

1.2.2.1 Tutelas de Urgência: uma visão panorâmica

O Código de Processo Civil de 2015, ao inverso de seu anterior, pretende-se mais lógico e intuitivo, até mesmo didático. O legislador procurou organizá-lo de forma a aproximar os institutos semelhantes, separando os aplicáveis a todo o processo dos específicos. No que se refere às técnicas de antecipação de tutelas urgentes, como se viu, não foi diferente. Os institutos dispersos no CPC de 1973 (parte em todo o Livro III, Do Processo Cautelar, parte no Livro I, Do Processo de Conhecimento, cuja comunicação era estabelecida pelo § 7º do art. 273 e sua previsão de fungibilidade), foram reunidos sob o título de tutelas de urgência, haja vista seus pressupostos serem coincidentes. Entretanto, deve-se apontar que não se confundem, têm implicações práticas diversas e, inclusive, como se verá, até procedimentos diversos para requerimento.

Como se explanou, o art. 294, CPC, institui a tutela provisória como gênero, sendo a

tutela de urgência uma de suas espécies, a qual se subdivide em também duas espécies, cautelar e antecipada (satisfativa), com capacidade de serem requeridas por duas formas, incidental e antecedente.

Em ambas as modalidades de tutela de urgência, como prevê o art. 300, CPC, para suas concessões, exige-se dois pressupostos genéricos: a) probabilidade do direito, *fumus boni iuris*; b) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, *periculum in mora*.

Além disso, c) o § 3º do art. 300, CPC, impõe um pressuposto específico para as tutelas antecipadas (satisfativas) - a partir de uma interpretação literal - que seus efeitos não sejam irreversíveis.

Exposto esse panorama, adentra-se à questão.

1.2.2.1.1 pressupostos para a urgência

1.2.2.1.1.1 perigo da demora

Reiteradamente, já se demonstrou a importância de avaliar o tempo no processo, o regime de tutelas provisórias é todo estruturado a minimizar seus efeitos, ora por ser uma injustiça suportá-lo, independentemente de urgência (tutela de evidência), ora porque suportá-lo pode incorrer em um dano ou ilícito, ensejando a concessão da tutela com fundamento na urgência explanada pela situação fática. É essa última avaliação que será pormenorizada neste momento.

O art. 300, CPC, quanto à urgência, assim a delimita: “perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. O legislador tentou conferir familiaridade para com o CPC de 73, para que os juristas absorvam com maior facilidade o Código novo, não o tratando com relutância. Entretanto, cometeu dois graves erros facilmente sanáveis.

Primeiro, a tutela de urgência não pressupõe apenas coibir um perigo de dano, é viabilizada para obstar a ocorrência, também, de um ilícito, mesmo que não enseje dano. O parágrafo único do art. 497, CPC, confirma tal possibilidade. Segundo, a tutela cautelar estima efetivar o direito material a assecuração. Como já dito, não se deve confundir o direito meio, com o instrumento que é meio. Por essa razão, a tutela de urgência, quando cautelar, não busca

o resultado útil do processo insípidamente, mas a realização de um direito material, cujo resguardo é outro direito material. (MARINONI et al., 2015).

Utilizar essas terminologias é retroceder num duro desenvolvimento do direito processual pátrio.

Vale-se uma vez mais das ideias de Daniel Mitidiero (2014). O melhor termo a delimitar a urgência na técnica processual antecipada é o bom e velho *periculum in mora* ou perigo da demora.

Há dois termos doutrinários para especificar o termo perigo, este visto de uma forma genérica, um é o conceito de perigo de infrutuosidade, o outro é o familiar perigo da demora. Entretanto, o perigo de infrutuosidade está numa dimensão diversa do perigo da demora, a infrutuosidade, seja derivada de um ilícito ou não (fato danoso genérico), remete-se a contingência de não se fruir do direito material, portanto, é noção ligada a esse, podendo ser, dessa forma, obstado por tutelas satisfativas ou cautelares em sentido amplo, conferindo a pronta fruição ou conservando para fruição futura. O perigo da demora, em vez disso, remete-se a dimensão processual, haja vista a tutela de urgência efetivar a conservação ou satisfação em função da impossibilidade de aguardar o tempo inerente a prestação da tutela definitiva. Ou seja, o perigo de infrutuosidade pode ser contido tanto pela tutela definitiva, cautelar ou satisfativa – morosa – quanto pela tutela de urgência com suas correspondentes espécies, na qual o perigo da demora é elemento imprescindível para o seu deferimento. (MITIDIERO, 2014) Nas palavras do processualista:

É o perigo ligado à espera, que pode acarretar a ocorrência, a reiteração ou a continuação tanto de um ato ilícito como de um fato danoso capazes de frustrar a frutuosidade do direito. Nessa perspectiva, aliás, é importante perceber que o perigo da demora, como conceito puramente processual que é, tem textura suficientemente aberta ao plano direito material, sendo idôneo para viabilizar a antecipação da tutela tanto diante do ato ilícito como do fato danoso. (2014, p. 134).

Daí a razão dos termos empregados pelo CPC serem ruins. Não são apropriados para identificar qual perigo a técnica se refere, atrelando-a, extritamente, ao plano incorreto, como também não são abertos o suficiente a abarcar tanto o de dano, quanto o ilícito, “o que acaba restringindo de forma equivocada a infrutuosidade da tutela do direito que se pretende evitar com a alusão ao perigo na demora ao campo temático do fato danoso, deixando a descoberto as inúmeras tutelas ao ilícito” (MITIDERO, 2014, p. 134).

1.2.2.1.1.2 probabilidade do direito

Muito se debateu na doutrina, na vigência do CPC/73, acerca de eventuais divergências entre “*fumus boni iuris*” para a concessão da tutela cautelar ou antecipada, isto é, se haveria ou não a necessidade de se estabelecer graus de profundidade entre eles.

Enquanto para a tutela cautelar, com vista ao asseguramento, o art. 801, IV, dispunha como requisito correspondente “a exposição sumária do direito ameaçado”, o art. 273, caput, com objetivo a satisfação, exigia a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação”. Entretanto, se há prova inequívoca, não se aduz verossimilhança, mas certeza; diante de um procedimento cuja cognição se demonstra sumária, não há como se admitir certeza a partir de alegações sem ouvir a outra parte. Assim, a doutrina majoritária, a fim de conciliar os termos, entendia que para a antecipação de tutela, com maior contigência a provocar prejuízos devido a satisfação, haveria de demonstrar provas mais robustas que a cautelar. (RIBEIRO, 2015)

Daniel Mitidiero, em sua obra *Antecipação da Tutela*, debruça-se sobre os termos jurídicos apresentados – “verossimilhança”, “exposição sumária” – a fim de perfectibilizá-los à técnica antecipada. Parte da ideia de que a técnica antecipatória trabalha aquém dos “domínios da verdade” por seus próprios óbices inerentes – contraditório diferido, limitações probatórias. O cerne de sua discussão versa na busca da verdade pelo processo, entretanto, todo juízo de verdade realizado recai a um juízo de probabilidade necessariamente, haja vista a verdade não ser absoluta, mas relativa diante das limitações de quem interpretada a realidade e a transmite no processo. Assim, o que se pode extrair do processo é sua “reconstrução ou prospecção em grau mais ou menos aproximado da realidade”. (MITIDIERO, 2014, p. 97 ss.).

O estudo é profundo e foge dos limites desta monografia, todavia, suas conclusões acerca das diferenças entre juízo de probabilidade e juízo de verdade diante da técnica antecipada, são muito pertinentes ao tema agora tratado:

Ao autorizar o juiz a decidir provisoriamente com base em cognição sumária alçando mão das expressões “verossimilhança da alegação” fundada em “prova inequívoca” (art. 273, *caput*, CPC), relevante “fundamento da demanda” (art. 461, § 3.º, CPC) e em “exposição sumária do direito ameaçado” (art. 801, IV, CPC), todas reconduzíveis nesse contexto mais própria e rigorosamente à expressão probabilidade, o legislador quis deixar claro que o órgão jurisdicional pode decidir antecipar a tutela com base em menor grau de probabilidade do que aquele exigido para julgar definitivamente em pedido formulado pela parte. Essa é a “função pragmática” da contraposição no contexto da antecipação da tutela. (2014, p. 106).

De toda sorte, em consonância ao trabalho do processualista, a fim de acabar com as divergências escolásticas, o CPC/2015 não mais faz qualquer menção a essas expressões.

Agora, quem requer a tutela de urgência deve demonstrar a probabilidade do direito em suas alegações. O magistrado, assim, a concede a partir de uma convicção formada por cognição sumária mediante “confrontações das alegações e das provas com elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos.” (MARINONI et al., 2015, p. 202 - 203). Isto é, sopesando a situação fática pelo seu poder geral de tutela provisória.

1.2.2.1.1.3 irreversibilidade: a modulação da tutela

O § 3º do art. 300, CPC, dispõe: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”

O § 2º do art. 273, CPC/73, dispunha: “Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”

Como se vê, o legislador, mais uma vez, a despeito das diversas discussões doutrinárias sobre o assunto, preferiu a manutenção do texto incerto sob a perspectiva da familiaridade, ao invés de solucionar os problemas escolásticos e, ainda, interpretativos para um leitor insipiente.

A redação é ruim, mudaram-se os nomes, mas se manteve o mesmo arranjo textual. A partir de uma interpretação literal; para a concessão de tutelas antecipadas (satisfativas), além do requerente precisar comprovar os pressupostos gerais (probabilidade do direito e perigo de demora), deve demonstrar que os efeitos da tutela poderão ser reversíveis, isto é, poder-se-á retornar ao *status quo ante* à sua prolação. (BUENO, 2016).

Como já se viu, as técnicas consubstanciadas na tutela provisória não antecipam propriamente a tutela, mas seus efeitos práticos, sociais, concretos. Proveniente de cognição sumária, cujo escopo probatório é parcial ou limitado - por essa razão é precária, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo, art. 296, CPC - perfaz-se prudente antecipar, apenas, efeitos reversíveis, na medida em que se, eventualmente, a tutela for revogada pela decisão final, não prejudique a parte contrária. (ZAVASCKI, 2009).

Em outras palavras, por assim dizer, Cassio Scarpinella Bueno extrai a essência do tema posto no momento:

Se uma das questões mais relevantes quando o assunto é tutela antecipada é a busca de uma igualdade substancial entre os litigantes no limiar ou ao longo do processo, colocando-os em pé de igualdade, ela não pode criar, para nenhum deles, situação de desigualdade tal que a decisão veiculadora da tutela jurisdicional antecipadamente, uma vez não confirmada por qualquer motivo, cause prejuízos ou efeitos irreversíveis ao outro. (2014, p. 49).

A fim de demonstrar de forma didática a interpretação que o magistrado deve realizar diante de cada caso concreto para identificar se há ou não o “pressuposto negativo”, Cassio Scarpinella Bueno (2014, p. 50) vale-se de uma proposta americana, na qual apresenta uma fórmula matemática, cujas possíveis variáveis correspondem às que o juiz deve enfrentar para decidir-se acerca da concessão da tutela:

$$Pa(Da) > (1-Pa)Dr.$$

O doutrinador assim explica a fórmula:

A tutela antecipada deve ser concedida sempre que a probabilidade de o autor receber julgamento final a seu favor (Pa), multiplicada pelo dano que ele pode vir a sofrer caso a tutela não lhe seja antecipada (Da), for maior que a probabilidade de o réu receber julgamento favorável (1-Pa), multiplicada pelo dano que ele, réu, poderá vir a experimentar caso a tutela seja antecipada para o autor (Dr). (2014, p. 50)

Noutras palavras, o juízo deve verificar a probabilidade do direito alegado pelo autor, bem como quais as proporções do dano que sofrerá em relação ao réu; se mais, deve ser deferido seu pedido, se menos, a tutela não é cabível.

Nessa linha, visto dessa forma, é bastante plausível que haja tal “pressuposto negativo” (BUENO, 2016), pois “pretende, com isso, o legislador, coibir abusos no uso da providência. É um meio de preservar o adversário contra excessos no emprego da medida.” (DIDIER et al. 2016, p. 613).

Como Bueno mesmo ressalva, e por isso deve ser observada como meramente ilustrativa, a fórmula possui limitações práticas e teóricas. Primeira, embora não mencionado pelo doutrinador, mas não menos importante, como já discutido, as técnicas antecipatórias não se limitam a viabilizar apenas a tutela contra o dano, mas também contra o ilícito, ainda que o dano, em geral, advinha de um ilícito. (MITIDIERO, 2014) Segundo, como bem previne o mestre, não haveria óbice algum, se “tudo aquilo que fosse objeto de tutela antecipada estivesse em “pé de igualdade”, isto é, se os valores ou bens jurídicos pretendidos pelo autor e pelo réu fossem de idêntica qualidade.” (BUENO, 2014, p. 50).

Em não raras ocasiões, os bens jurídicos em conflito são diversos qualitativamente; como a vida contra dinheiro; cultura contra segurança; saúde contra dinheiro. A título de

exemplos concretos: o paciente cuja cirurgia é imprescindível e o plano de saúde alega não cobertura contratual; demolição de prédio histórico que ameaça a segurança de edificações limitrofes; despoluição de rio contaminado por mineradora. Em todos, embora a tutela possa ser irreversível para os réus, a tutela deverá ser deferida: o paciente pode não possuir lastro financeiro para cobrir a eventual sucumbência, não se poderá reerguer o prédio histórico, muito menos contaminar as águas novamente.

Contudo, não porque o ordenamento entenda haver um bem jurídico mais importante que o outro apenas, mas porque há preenchimento dos pressupostos legais, há a probabilidade do direito e o perigo da demora, bem como, ainda que irreversível para o réu, também o é para o autor; o paciente pode não sobreviver até a decisão definitiva. (DIDIER et al., 2016).

É nessa perspectiva, diante de bens juridicamente diversos, que “cabe ao juiz empregar, nesses casos, e nos que a rica criação social leva ao conhecimento, o princípio da proporcionalidade (art. 8.º do CPC), aquilatando os interesses em jogo, e optando por sacrificar o menos valioso.” (ASSIS, 2016, p. 473) Ou seja, o magistrado deve sopesar, passando pelo crivo da proporcionalidade, diante dos pressupostos alegados, qual bem jurídico deve prevalecer, ainda que crie uma situação irreversível para a outra parte:

É por intermédio desse princípio que o magistrado consegue medir os valores diversos dos bens jurídicos postos em conflito e decidir, concretamente, qual deve proteger em detrimento do outro. Se o caso é mesmo de preponderância do princípio da efetividade do processo, porque a tutela antecipada é adequada e necessária para tutelar um direito mais evidente que outro, que assim seja. (BUENO, 2014, p. 52).

Portanto, diante da prevalência de um valor em detrimento de outro, mesmo que culmine na irreversibilidade de efeitos a uma das partes, o juiz deve, e não só pode, conceder a tutela a quem mais a necessita.

1.2.2.1.2 tutela antecipada conferida em caráter antecedente e sua estabilização

1.2.2.1.2.1 autonomização do procedimento antecipado

A tutela de urgência antecipada é aquela na qual se confere ao autor a “garantia imediata das vantagens de direito material para as quais se busca a tutela definitiva. Seu objeto, portanto, se confunde, no todo ou em parte, com o objeto do pedido principal.” (THEODORO, 2016, p. 661).

O regime instituído nos arts. 303 e 304 do CPC/2015, prevê a possibilidade de requerimento da tutela de urgência satisfativa em período anterior a dedução do pedido de tutela final (antecedente), com finalidade a oportunizar a estabilização da tutela, em consequência do deferimento de liminar *inaudita altera parte*.

Nesse sentido, há a autonomização da tutela fundada em cognição sumária, uma vez que a contingência de sua perdurabilidade independe de cognição exauriente. Isto é, o regime viabiliza a autonomia da tutela sumária, desvinculando-a da cognição plenária, rompendo com o tradicionalismo previsto no CPC/73, no qual a tutela sumária, só, e necessariamente, durava enquanto o processo no qual fora proferida tramitava. (ANDRADE e THEODORO, 2012).

O *caput* do art. 303, CPC, não revela grandes problemas; nos casos em que houver urgência contemporânea à propositura da ação, o autor poder-se-á limitar ao requerimento da tutela satisfativa (antecipada), expondo o litígio, o direito pretendido e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, indicando, meramente, o pedido de tutela final.

A princípio, poder-se-ia questionar os motivos do legislador qualificar a urgência em contemporânea. De pronto, aparenta uma restrição ao uso do procedimento, entretanto, como aponta Daniel Mitidiero, visto por uma perspectiva sistemática, “a urgência que justifica o pedido de tutela antecipada antecedente não difere do perigo da demora capaz de justificar qualquer espécie de tutela provisória”, isso porque o próprio legislador incentiva o autor “a sumarizar formal e materialmente o processo com a sua estabilização.” (ALVIM WAMBIER et al., 2015, p. 787).

Nesse sentido, o autor poderá ajuizar a petição inicial simplificada, requesitando a tutela provisória, meramente, pela tutela. O pedido poderá versar apenas pelos efeitos práticos que se possa alcançar com o deferimento da tutela definitiva, por isso exige-se a indicação do pedido final. Dever-se-á demonstrar os contornos do pedido principal para que o juízo possa compreender a extensão dos efeitos do requerimento. Assim, não será preciso formulá-lo com todos os requisitos exigidos pelos arts. 319 e 320 do CPC, expõe-se a lide demonstrando os fundamentos do perigo da demora e da probabilidade do direito, como também se apresenta as provas possíveis de se produzir no momento de urgência. Além disso, conforme § 5º do art. 303, o autor deve, expressamente, indicar que pretende beneficiar-se do procedimento antecedente, isto é, sucederá, eventualmente, o aditamento da inicial, caso o réu se oponha ao deferimento (art. 304). Ademais, o § 4º do art. 303 requer a indicação do valor da causa conforme o pedido principal, bem como deverá haver o recolhimento das custas e despesas processuais. (RIBEIRO, 2015).

Uma vez analisada a inicial, há dois prosseguimentos possíveis para o feito: o magistrado defere a tutela antecipada liminarmente ou, entendendo que não há elementos suficientes para isso, determina sua emenda no prazo de até cinco dias, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, § 6º, CPC).

Há quem interprete esse último dispositivo - como Marinoni, Didier, Alexandre Câmara – analogicamente ao § 1º, I, do art. 303, com finalidade ao prosseguimento do feito para cognição exauriente. Nesse caso, não haverá o deferimento consequente da liminar *inaudita altera parte*, mas, o aditamento da inicial. Entretanto, Humberto Theodoro Jr., seguindo a terminologia empregada pelo legislador *ipsis litteris*, posiciona-se pelo termo “emenda” utilizado, isto é, o juiz, assim, deve oportunizar que o autor traga demais elementos corroborativos à concessão da tutela. Contudo, se mesmo após emenda as informações não forem suficientes à concessão, o mestre entende que o processo deverá ser extinto:

Se a pretensão à tutela antecipada, mesmo depois da emenda saneadora das deficiências da petição inicial, não apresentar condições para justificar a medida provisória satisfativa, o juiz a denegará e o processo se extinguirá, sem que o réu tenha sido citado. É sempre bom lembrar que o objeto da pretensão formulada na petição inicial, *in casu*, é a medida liminar *inaudita altera parte*, razão pela qual não há como se prosseguir depois que essa pretensão for denegada. (THEODORO JR., 2016, p. 673).

Em que pesem as discussões divergentes, sem se adentrar em maiores divagações, visto numa perspectiva a efetivação do direito material, bem como a economia processual, a extinção do feito, após o pagamento de custas processuais com relação ao pedido definitivo, e a contingência de duplicidade de demanda, não se demonstra vantajoso tanto para o autor, quanto para a jurisdição. O procedimento prevê a possibilidade do autor dar prosseguimento a tutela definitiva mesmo após concedida. Não faz sentido extinguir o processo por conta de não haver os requisitos para a tutela de urgência, pois remanesce o direito do autor a cognição plenária, ainda mais por já ter arcado com os custos processuais relativos à tutela final.

Sendo assim, rumo à questão mais importante; enfrenta-se a eventualidade do deferimento do pedido.

Concedida a tutela antecipada liminarmente, dispõe o CPC que o autor deverá aditar a petição inicial, complementando-a no que faltar para transformá-la numa demanda principal, acrescentando novos documentos e/ou argumentações, no prazo de quinze dias ou em outro maior que o juiz fixar (art. 303, § 1º, I); e o réu será citado e intimado para audiência de conciliação ou de mediação. (art. 303, § 1º, II).

Há alguns problemas procedimentais na forma como o legislador redigiu os

dispositivos. Retoma-se, a autonomização da tutela antecipada urgente pretende possibilitar a perdurabilidade de sua eficácia após extinção do processo fundado em cognição sumária (art. 304, § 1º CPC). Nesse sentido, as aparentes exigências são incongruentes. Cita-se e intima-se o réu para que cumpra o deferimento da tutela, comunicando-o para audiência que talvez nem ocorra, haja vista a eventual estabilização do feito caso permaneça inerte (art. 304). Concomitantemente, o autor deverá aditar a inicial, tornando a demanda um pedido de tutela definitiva, sem saber se seu pedido de tutela provisória estabilizará e o processo extinguirá. As exigências, assim, de aditamento e designação de audiência são contraproducentes ao fim do procedimento sumário adotado, suas disposições ao exaurimento cognitivo e consequente tutela definitiva, se opõe diametralmente à estabilização, cujo fim é justamente não o atingir, Humberto Theodoro Jr. (2016, p. 674) faz os devidos apontamentos sobre o tema:

Nesse caso, não se poderá cogitar de aditamento da inicial, já que a sua função seria dar sequência ao processo no tocante à busca da solução final da pretensão de mérito. Exigir, nessa altura, do autor a tomada de providência somente compatível com a não estabilização da medida provisória, seria uma incongruência, seria forçar o andamento de uma causa cujo objeto já se extinguiu.

A designação de audiência de conciliação de que cogita o art. 303, § 1º, II, também, só tem cabimento depois da mesma emenda da inicial, por se tratar de diligência própria do processo principal, que não chegou a se abrir em virtude da extinção do procedimento antecipatório antes da eventualidade de sua transformação em causa definitiva.

Nesse sentido, como entende o mestre a partir de uma interpretação sistemática, os dispositivos devem ser aplicados sucessivamente. Primeiro, intima-se o réu para cumprimento da providência, e abre-se o prazo para interposição de agravo de instrumento. Caso não o interponha, a tutela poderá estabilizar-se e o processo será extinto (§ 1º, art. 304), assim, intima-se o autor para manifestar-se a respeito do aditamento. Contudo, uma vez interposto, intima-se o autor para o aditamento da petição. Aditada, cita-se o réu para apresentar contestação e para comparecer à audiência de conciliação e mediação. (THEODORO JR., 2016).

As interpretações doutrinárias para os dispositivos apresentados são controvertidas. Há doutrinadores⁷ que interpretam o termo “recurso” do art. 304, *caput*⁸, de forma ampla, entendendo indispensável o aditamento da inicial, bem como a citação do réu, visto que a apresentação de sua contestação também poderia coibir à estabilização. Ou seja, entendem que o termo empregado pelo legislador abarca qualquer oposição a estabilização, seja por

⁷ DIDIER et al., 2016, p. 615-616; MARINONI, et al., 2015, p. 216; RIBEIRO, 2015, p. 220

⁸ Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

contestação, agravo, reclamação, reconvenção, qualquer meio que a impugne.

Entretanto, frente a autonomia que o procedimento pretende, como aponta Humberto Theodoro Júnior, (Alexandre Freitas Câmara chega a mesma conclusão, embora em diversa interpretação sistemática) o correto seria a interpretação restritiva. O mestre ensina:

O procedimento da tutela satisfativa provisória antecedente segue, sem dúvida, a técnica monitoria, voltada para efeitos práticos imediatos, os quais só serão inibidos pelo demandado se empregada a medida específica prevista na lei, que não é a contestação e tampouco uma impugnação qualquer, sem forma nem figura de juízo. Admitir que o réu fuja da técnica monitoria legalmente traçada implicaria frustrar o empenho do legislador de abreviar a solução do conflito, mediante desestímulo à litigiosidade desnecessária e incentivo à estabilização da medida liminar. (THEODORO JR., 2016, p. 676)

Assim, o agravo é o único meio a fim de dar prosseguimento à demanda pelo processo de conhecimento, uma vez que intenta a reafirmar as ideias de desestímulo à cognição exauriente e autonomia da tutela provisória.

1.2.2.1.2.2 A monitorização do processo

O art. 304, CPC, proporciona a estabilização da tutela satisfativa a partir da inércia do réu. É, assim, a generalização da técnica monitoria para quaisquer situações de urgência no processo civil brasileiro.

A técnica monitoria, disposta no CPC/73 nos arts. 1.102-A ss., CPC/2015 nos arts. 700 ss., mediante o procedimento especial da ação monitoria, prevê a quem possua documentos em prova escrita de prestações de pagar, entregar ou fazer, sem eficácia de título executivo, a disponibilidade de obter força executiva judicial a essas prestações. O magistrado, mediante cognição sumária, analisará a inicial proposta junto as provas instruídas e expedirá mandado para que o réu cumpra a prestação no prazo de quinze dias ou oponha-se por embargos monitorios. Apresentados os embargos, a demanda prosseguirá pelo processo de conhecimento. Não cumprida a prestação e não apresentados os embargos, a decisão proferida tornar-se-á título executivo judicial. Em outras palavras, a inércia do réu confere ao autor a viabilidade de sua satisfação, podendo, nesse caso, adentrar-se por meios executórios na esfera patrimonial do réu. (TALAMINI, 2012).

Nesse sentido, tanto o procedimento diferenciado dos arts. 303 e 304, quanto a ação monitoria, a partir de cognição sumária, preveem a satisfação do autor em razão da inércia do réu em apresentar oposição, por isso entende-se que houve a monitorização da tutela de urgência

antecipada. Transfere-se ao réu o ônus processual de “provocar a atuação cognitiva exauriente, para fim de demonstrar que não existe aquele suposto direito do autor.” (TALAMINI, 2012, p. 24).

Todavia, há ainda mais uma semelhança procedimental, no mesmo sentido da ação monitória; a vantagem do réu em permanecer inerte implica que não “pagará as custas processuais (aplicação analógica do disposto no § 1º do art. 701 do CPC e pagará apenas 5% dos honorários advocatícios de sucumbência (art. 701, *caput*, CPC, também aplicado por analogia)” (DIDIER et al., 2016, p. 617-618).

Nesse sentido, mostra-se vantajoso ao réu permitir a estabilização quando não vislumbrar alguma possibilidade concreta de ganho. O autor ainda exemplifica:

Imagine um caso em que um estudante, que ainda não havia concluído o ensino médio, tenha sido aprovado no vestibular para um curso superior. A instituição de ensino, seguindo determinação do Ministério da Educação, não realizou matrícula. O estudante vai a juízo e obtém uma tutela satisfativa liminar, ordenando a matrícula. Para a instituição de ensino, pode ser que não haja qualquer interesse em contestar a medida – ela somente não matriculara o aluno, porque o Ministério da Educação pedia. (2016, p. 618).

Retomando o procedimento, por consequência da estabilização, o processo será extinto (§ 1º, art. 304), mas os efeitos estabilizados perdurarão enquanto a tutela não for revista, reformada ou invalidada (§ 3º, art. 304) por provocação de qualquer uma das partes (§ 2º, art. 304). Ou seja, é facultado às partes darem prosseguimento à cognição exauriente posterior aos efeitos estáveis, ou simplesmente propor outra demanda com pedido restrito a tutela, sendo, ainda, permitido o desarquivamento dos autos do procedimento antecedente, a fim de instruir a inicial (§ 4º, art. 304).

Diz ainda, o § 6º do art. 304, que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar”. Nada mais coerente, a técnica antecipada adianta os efeitos práticos da decisão definitiva mediante cognição sumária, não houve aprofundamento suficiente da lide para expedir-se juízo de certeza. (CÂMARA, 2016).

Entretanto, questão tormentosa, é quando se confronta esse § 6º ao § 5º do art. 304: O parágrafo sexto prevê que a estabilização não fará coisa julgada, mas o quinto institui prazo decadencial de dois anos para que a decisão possa ser revista, reformada ou invalidada, ensejando dúvidas se após esse transcurso, a decisão fundada em cognição sumária torna-se indiscutível e imutável tal como a coisa julgada. Assim, para se chegar a alguma conclusão a esse respeito, deve-se aprofundar o instituto da coisa julgada.

2. PRECLUSÃO E COISA JULGADA

2.1 Preclusão: a dinâmica processual

Não é possível compreender o instituto da coisa julgada, sem antes visualizar os mecanismos que garantem o caminho procedimental da demanda até seu cume, na decisão definitiva apta a coisa julgada. Por essa razão, reserva-se algumas linhas a fim de traçar noções acerca das preclusões processuais, instituto ligado a garantir o devido desenvolvimento do processo, conferindo dinamicidade ao procedimento, e impulsionando-o ao seu final. A coisa julgada é formada a partir de sucessivas preclusões procedimentais.

Ressalva-se, entretanto, que não se pretende esmiuçar os entendimentos doutrinários acerca das preclusões - expor seus vícios e aprofundá-los - mas, apenas, demonstrar sua importante ligação às estabilidades decisórias, consequentemente à coisa julgada, como também à estabilização da tutela. O foco deste capítulo é a coisa julgada.

“O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”, diz o CPC de 2015 em seu art. 2º, que preconiza norma que enseja a atividade jurisdicional, cujo início se dará por provocação da parte autora, mas, não necessariamente, prosseguirá por sua vontade.

Por impulso oficial, entende-se os encargos outorgados ao juiz pela lei, para que promova a devida condução de todas as etapas procedimentais, a fim de prestar a tutela jurisdicional. Conduzirá a demanda incumbindo às partes, inclusive, da prática de determinados atos, até que se atinja um grau de possível convencimento mútuo, partes e o próprio julgador (art. 489, IV), consubstanciado no dever de fundamentação, proferido e fundamentado na decisão definitiva ou terminativa.

Nesse sentido dinâmico de construção da demanda, o processo é um método pelo qual se busca solucionar conflitos mediante a coordenação de atos jurídicos estabelecidos por normas a ele aplicáveis, com fim a efetivação da tutela jurisdicional, ordinariamente, definitiva. A esse conjunto normativo, denomina-se formalismo jurídico. (DIDIER et al. 2016).

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ensina o seguinte acerca da dinâmica processual:

Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade

do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado. (2006, p. 7).

É nessa perspectiva que sobressai a função da preclusão: realizar a dinâmica do processo ao impedir que os sujeitos processuais atuem em momento inoportuno. Isto é, como o processo é uma sucessão de atos, a jurisdição confere organização a esses, dispondo os momentos adequados para que as partes se manifestem e acerca de quê. Se assim não fizerem, perdem a oportunidade. A jurisdição veda manifestações em momentos posteriores impróprios, logo, diz-se que a questão se torna preclusa, indiscutível no procedimento. A respeito, o magistério do mestre Araken de Assis ensina:

A paulatina superação dos momentos e das fases inerentes ao procedimento, através da extinção das faculdades e poderes, revela-se fundamental para assegurar o movimento permanente do processo. Trata-se, pois, de consumir atos e fases processuais, em razão da inatividade – por exemplo, a inércia total do réu torna incontroversos os fatos afirmados pelo autor, salvo as exceções legais (art. 435) – e da própria atividade feita ou mal feita. (2015, p. 1401).

Nesse sentido, como ensina Ovídio Baptista da Silva (2008, p. 154) acerca do tema, “as partes são gravadas com certos encargos, a que a doutrina denomina *ônus processuais*, por meio dos quais ficam elas sujeitas a praticar certos atos ou cumprir alguma formalidade processual dentro de um tempo determinado.”

O mestre realça a importância de tal conceito. Não se trata de uma obrigação do interessado em realizar o ato, mas de uma faculdade. O magistrado impõe, ao interessado, o ônus da prática de um ato para beneficiar-se. “O interessado a quem incumbia algum ônus e que deixa de cumpri-lo sofrerá, em razão disso, uma certa perda ou ver-se-á privado de alguma vantagem.” (2008, p. 154).

Ainda na linha de pensamento do professor, o instituto da preclusão decorre justamente do conceito de ônus processual, sendo, portanto, “a impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato processual em virtude de se haver esgotado o momento adequado para fazê-lo.” (2008, p. 155),

Fredie Didier Júnior, por sua vez, conceitua a preclusão não limitando-a às partes, entendendo, também, uma perda processual para o juiz. Isso porque, embora a doutrina majoritária entenda que o magistrado não se subordine ao tempo como as partes - diz-se que os prazos são a ele impróprios - há previsões no ordenamento no sentido diverso, como o silenciamento por prazo de vinte dias acerca de repercussão geral em processos no âmbito do STF, operando-se o subentendimento de que há a repercussão: “A preclusão é definida como a

perda de uma situação jurídica ativa processual: seja a perda de um poder processual das partes, seja a perda de um poder do juiz.” (2016, p. 425).

Nessa linha, Heitor Vitor Mendonça Sica, revela a dubiedade do instituto - até certo ponto demonstrado por Didier -, haja vista a preclusão poder tanto referir-se a impossibilidade da prática de atos pelas partes, seja em razão do tempo, de ato já praticado ou de ato incompatível; como também, pelo “fenômeno que torna a questão imutável depois de decidida” (SICA, 2016, p. 91) Isto é, no decorrer da demanda, à medida que questões incidentais se tornam fundamentos para a prolação da decisão, opera-se a impossibilidade de suas rediscussões tanto pelas partes, quanto pelo juiz. É a designação da preclusão *pro iudicato*:

Do ponto de vista procedimental, a preclusão (genericamente considerada) serve tanto para impedir um retorno à fase que já se exauriu para que a parte exercite um direito processual como para que o juiz reveja decisão incidental que já tenha sido proferida e que não tenha sido recorrida por nenhuma das partes.

De qualquer forma, como ainda aponta o jurista, em que pese às diferenças, em ambas as dimensões, subsiste a noção latina *praecludere* - que significa fechar, encerrar, impedir – (SICA, 2006), seja como for, remete-se a um fundamento temporal. “O decurso do tempo é geralmente apontado como fato jurídico processual: trata-se de acontecimento natural, cuja existência importa em diversas consequências jurídicas dentro do processo”. (SICA, 2006, p. 127) Entretanto, como o processo deve se orientar sempre adiante, a doutrina se incumbiu de classificar as preclusões em mais duas espécies: o processo não suporta atos contraditórios e incoerentes:

Para o bom andamento do processo, ele não deve ser interrompido ou embaraçado (ou, ao menos, as interrupções e os embaraços devem ser reduzidos ao mínimo inevitável). Deve-se caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba: não se admite o retorno para etapas processuais já ultrapassadas, nem se toleram comportamentos incoerentes e contraditórios. (DIDIER et al. 2016, p. 427).

A preclusão, portanto, orienta todo o percurso procedimental do processo no qual o litígio é discutido, permitindo que se desenvolva progressiva, ordenada e coerentemente.

2.1.1 Preclusão: suas espécies

Para não tornar extensa a discussão, discorrer-se-á, brevemente, acerca das espécies de preclusão.

A disposição clássica acerca do instituto identifica três fatores determinantes para a ocorrência dos efeitos da preclusão, qualificando-a, assim, como temporal, lógica ou consumativa. Nos tópicos abaixo, conceituar-se-á as espécies, bem como, analisar-se-á, brevemente, suas repercussões às partes e ao magistrado.

2.1.1.1 preclusão temporal

A progressão do processo exige a fixação de limites temporais para que as partes pratiquem atos processuais nos prazos legais estabelecidos. “Quando a parte se desincumbe de um ônus e pratica dado ato processual depois do termo para ele fixado, o ato é considerado ineficaz (porquanto inábil para gerar os efeitos queridos pela parte)”. (SICA, 2006, p. 127). Há, nessa linha, a incidência de preclusão em decorrência do desrespeito das partes pelos prazos, impedindo, dessa forma, que o direito precluído venha a ser arguido pela parte negligente posteriormente. Exemplo recorrente na doutrina, é a inércia do réu em apresentar contestação no prazo de 15 dias, provocando a preclusão do direito de ilidir as alegações do autor, as quais são tomadas por incontroversas. (SILVA, 2008).

Heitor Vitor Mendonça Sica, ressalta, ainda, que a preclusão temporal não se limita a prazos contados em dias ou em horas, mas também, em fases processuais, diferenciando-se, portanto, apenas quanto a forma de marcação: “quando dizemos preclusão temporal, referimo-nos ao fenômeno que extingue a faculdade da parte pela fluência de prazo ou pela superação de uma fase do processo.” (SICA, 2006, p. 129).

No que tange a incidência da preclusão temporal ao juiz, sem maiores divagações, já que a questão foi abordada no subtítulo anterior, via de regra, a doutrina majoritária entende que os prazos são impróprios ao magistrado, não se aplicando a ele. “Isto é, quando ultrapassados não lhe acarretam perda do poder de realizá-los tardiamente. Assim, em matéria de prova, por exemplo, é tranquilo que o juiz possa, a qualquer tempo, ordenar sua produção, embora as partes já tenha incorrido em preclusão a seu respeito.” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1122). Entretanto, como apontado pelas orientações de Didier, é cabível a ressalva, pois não se trata de uma situação imprevista no sistema. No caso de omissão na repercussão geral, há uma preclusão temporal para o magistrado.

2.1.1.2 preclusão lógica

A preclusão lógica avulta a impossibilidade da prática de atos processuais incompatíveis com outros praticados em momento pretérito. É a “a impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior”. (SILVA, 2008, p. 155) Dessa forma, não deriva da inércia, mas do conflito lógico gerado da prática de ato subsequente incompatível com o antecedente.

Os exemplos são diversos. A doutrina menciona a impossibilidade da parte produzir provas contra fato confessado, já que a confissão implica na perda do direito de produzir a prova contrária; o cumprimento espontâneo da condenação, implica na preclusão da possibilidade de recurso contra a sentença condenatória; entre outros.

Conforme Araken de Assis (2015, p. 1411) ensina, o órgão judiciário não está imune a preclusão lógica tal como está, ordinariamente, a temporal. Como exemplos, o mestre menciona “a concessão de tutela de evidência, com fundamento no abuso de direito de defesa (art. 311, I), o que se mostraria incompatível com a recusa em aplicar ao réu a sanção correspondente, porque descumprido o dever do art 80, III”; como também, “não se permite que o magistrado, no julgamento antecipado do mérito (arts. 355-356, CPC), conclua pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado” (DIDIER et al., 2016, p. 430-431).

2.1.1.3 preclusão consumativa

Por sua vez, entende-se preclusão consumativa, como “a perda da faculdade de repetir, melhorar ou corrigir ato processual já praticado”. (ASSIS, 2015, p. 1412). Fundamenta-se no art. 200, *caput*, do CPC, no qual as declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, uma vez proferidas, produzem efeitos imediatamente, extinguindo o direito de exercê-las.

Exemplifica-se a pretensão do réu que apresenta contestação em momento anterior ao décimo quinto dia, entretanto, ainda no prazo, oferece nova contestação a fim de melhorá-la. Pela preclusão consumativa, como já praticou o ato, está impedido de novamente exercê-lo, ainda que no prazo.

No que se refere ao magistrado, este também não está isento, “quando a decisão judicial

é publicada. Exaure-se o ofício jurisdicional, não podendo o magistrado emendar, incrementar ou refazer a decisão, salvo nos casos excepcionais previstos em lei ” (DIDIER et al., 2016, p. 432).

A preclusão, portanto, é o instituto que impulsiona o processo. Numa analogia à física de Joule, é como se fosse a força necessária a realizar Trabalho, a transformar a energia potencial do processo, na cinética do procedimento, incitando-o para seu destino final e impedindo retrocessos. Convém, nesse momento, um último ensinamento do mestre Ovídio A. Baptista da Silva:

A preclusão, quer se tome este conceito em sua significação temporal, quer em seu sentido lógico, representa sempre uma arma que o processo usa em defesa da segurança das relações processuais, em detrimento da justiça material, que é a outra polaridade da tensão a que está submetido o fenômeno jurídico. (2008, p. 156)

Uma vez concluída a prestação jurisdicional com o consequente provimento, opera-se o que a doutrina identifica como a *praeclusio maxima*, a coisa julgada formal, pressuposto da coisa julgada material. Dessa forma, adentra-se ao instituto cerne deste capítulo.

2.2 Coisa julgada

A coisa julgada apresenta diversas tenuidades, muitas vezes de difíceis compreensões. A bem da verdade, não é de se espantar, já que é um instituto cujos traços são estabelecidos e reestabelecidos antes mesmo de ser pragmatizado no direito romano - há evidências de estabilidades das decisões no direito babilônico do ano de 1753 a.C. (NIEVA-FENOL, 2016) Assim, tal como a noção do quê é o direito mudou conforme as eras, percorrendo as diversas reestruturações sociais, mudanças ideológicas e políticas, até chegar nos dias atuais, é natural que a coisa julgada contenha uma carga histórica, social e política, por assim dizer, indissociável.

Por essa razão, não se dá para alcançar um conceito mais ou menos uniforme a seu respeito, sem antes estabelecer algumas premissas e normatizações, percorrendo as polêmicas acerca de sua natureza e consequentes mudanças de entendimentos do último século e, por fim, uma vez atingido-o, possibilitando as investigações de seus limites prático-jurídicos.

É essa linha que este trabalho percorrerá neste momento: trabalhar-se-á de uma maneira mais indutiva do que dedutiva, traçando contornos, conferindo características e elementos para que se possa extrair alguma uniformidade do instituto.

2.2.1 Contextualização jurídica, social e política da coisa julgada

Parte-se de uma investigação acerca dos contornos finalísticos da coisa julgada para, paulatinamente, adentrar em suas sutilezas. Importa-se, para este momento, portanto, contextualizá-la nos âmbitos jurídico, social e político.

Não é difícil compreender a utilidade prática da coisa julgada no contexto jurídico no qual está inserida. Todo ordenamento positivo presa pela estabilidade e coerência de seus atos processuais, notadamente, de suas decisões. Jordi Nieva-Fenol alegoriza da seguinte maneira a questão:

Pois bem, imaginemos o que ocorreria se os Juízes, interpretando o ordenamento jurídico dentro das margens de sua independência, pudessem com certa facilidade anular juízos anteriores de seus companheiros, ou os deles mesmos. Romper-se-ia a coerência dos juízos. Ninguém saberia ao que se ater, e finalmente, deixaria de existir o aparato da Justiça, vez que ninguém se socorreria dele para resolver seus problemas. Pergunto-me de que serve a alguém obter uma sentença a seu favor se deverá estar toda a vida defendendo esse direito concedido na sentença, diante de novas sentenças que pretendem anular o declarado. Em uma situação assim, até a autotutela parece uma solução razoável para evitar conflitos. (2016, p. 90).

Ora tratando os atos processuais com maior discutibilidade, ora dotando-os de maior rigidez, é certo que a escolha político-jurídica do legislador reflete a tentativa de conciliar dois extremos do ordenamento. De um lado a justiça, um dos principais valores que se objetiva com a jurisdição, de outro, a segurança jurídica, imprescindível para a manutenção de um sistema coerente e estável. É dessa dialética que se distingue a coisa julgada.

Priorizando um sistema com fim a rechaçar todo ato de conteúdo injusto, logo sobrepondo o valor da justiça aos demais princípios basilares, o legislador institui diversas técnicas de impugnabilidade e discutibilidade em busca da decisão mais correta, provocando o aumento exacerbado de recursos ou a atenuação das estabilidades (preclusão, coisa julgada, etc), ou seja, recaindo de certa forma, na alegoria de Nieva-Fenol, comprometendo a eficiência e a duração razoável do processo. Por outro lado, se se prioriza a segurança, dotando as decisões de rigorosa força preclusiva, limitando demasiadamente suas rediscussões, favorece a consecução de injustiças imutáveis, contrárias, portanto, ao direito que se almeja atingir, rareando o próprio sentido de existência da jurisdição. (CABRAL, 2014).

Por isso, nenhum sistema é puro nessas concepções, tentam conciliar ambos os valores, garantindo a rediscussão, como também um final ao processo, com a consequente segurança do

que fora proferido, viabilizando, assim, a eficiência. Contudo, “entre os dois riscos, seja o de comprometer a segurança da vida social pela instabilidade dos conflitos, seja o de assumir a possível cristalização das injustiças, geralmente preferem os ordenamentos jurídicos o segundo.” (CABRAL, 2014, p. 61).

Para justificar tal escolha, adentra-se num contexto sociológico, até mesmo utilitarista. O Estado - não só o sistema jurisdicional - suporta a manutenção de decisões injustas mais do que a instabilidade gerada pela lide. A injustiça afeta, de certa forma, apenas a esfera patrimonial de um indivíduo ou de alguns. O Estado está comprometido ao bem comum (DALLARI, 2013). A insegurança das decisões gera uma perturbação sistêmica ao ponto de colapsá-lo, razão pela qual prefere sacrificar a justiça à segurança. Nesse sentido, o magistério de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 58-59) ensina:

Por isso, a jurisdição não é apenas um meio de resolver litígios, mas fundamentalmente uma manifestação estatal voltada a eliminá-los, ou melhor, a solucioná-los definitivamente, fazendo com que os envolvidos reconheçam seu fim.

Se o discurso jurídico obviamente deve terminar, o processo estatal não teria sequer sentido se não produzisse uma decisão definitiva, ou seja, uma decisão que não pode mais ser questionada pelas partes e modificada por qualquer dos setores do poder do Estado.

Corroborando-se a isso, num juízo político agora, a indispensável autoridade que emana do Estado ao tornar decisões jurisdicionais indiscutíveis e imutáveis, sobrepondo sua vontade acima das demais formas sociais de potestade. A coisa julgada, por essa razão, ventila as instabilidades sociais, impõe a paz social, na medida em que confere fim ao conflito com definitividade, revestindo o que era incerteza, de certeza (MARINONI, 2008).

O professor Antonio do Passo Cabral, quanto ao tema, arremata:

Vale dizer, após a formação da coisa julgada, a incontestabilidade do que foi decidido, a ela inerente, seria o elemento que garantiria a segurança jurídica no processo. Portanto, nessa linha, a coisa julgada criaria um “estado de certeza” ou “estado de paz”, essencial para o tráfego jurídico, e seria um “preço” que a sociedade paga por viver num Estado de Direito. (2014, p. 56)

Demonstrada as inegáveis importâncias jurídicas, sociais e políticas da coisa julgada, parte-se para localizá-la no ordenamento jurídico pátrio, isto é, as formas como o legislador brasileiro preocupou-se em normatizá-la.

Ressalva-se que, ainda, não se pretende extrair um conceito do instituto, mas preparar um esboço para isso. Inevitavelmente, esbarrar-se-á em alguns aspectos nesse sentido por conta das vontades legislativas em normatizá-lo, entretanto, só se poderá fazê-lo ao estudar sua natureza jurídica.

2.2.2 A normatização da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro

Antônio do Passo Cabral demonstra em sua obra monográfica que “a legislação brasileira tratou a coisa julgada de maneira heterogênea ao longo do tempo.” (CABRAL, 2014, p. 53)

A Constituição de 1934 foi o primeiro texto à esse nível a prevê-la no Brasil, contudo, assim como a atual vigente de 1988, não se deteve a pormenorizá-lo, mas sim, situá-lo nos direitos e garantias individuais, institucionalizando sua inerente relevância social. A Constituição de 1988 no mesmo sentido, realça a coisa julgada no rol dos direitos e garantias fundamentais, ao lado do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, elevando-o a condição de cláusula pétrea, protegidas contra alterações legislativas do poder constituinte derivado. (CABRAL, 2014)

Incumbiu-se, portanto, ao legislador infraconstitucional o dever de delinear o instituto, pormenorizar sua abrangência e incidência, e conceituá-lo, ainda que, geralmente, com má redação.

O Código de Processo Civil de 1939 não se preocupou em normatizar a coisa julgada objetivamente. Na realidade, as menções explícitas restringiram-se a dispositivos e institutos diversos - como o art. 798, I, b, que previa a ação rescisória, e os arts. 182 e 851, que dispunham acerca de exceções de coisa julgada - os quais, apesar de se relacionarem a *res iudicata*, contribuem pouco, para não dizer nada, para entendê-la. O dispositivo desse diploma que melhor se poderia aventar é o art. 287: “A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas”, entretanto, a noção extraível é limitada, a expressão força de lei não esclarece muita coisa, reproduz, na realidade, um senso comum que gravita o instituto desde épocas antigas e que mais se relaciona aos seus limites objetivos.

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, no art. 6º, § 3º, entende a coisa julgada como “a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Há um progresso nesse dispositivo: prentede, ao menos, delimitá-la. Entretanto, também restritivamente, visto que a identifica com a decisão, não se deve confundi-las, são institutos diversos, ainda que relacionados. Acerca da norma, no limiar de 1970, o mestre José Carlos Barbosa Moreira teceu a seguinte crítica:

Firmaria o texto legal a equação: *res iudicata* = sentença irrecorrível. Em cada membro da igualdade há uma expressão do tipo substantivo + adjetivo; mas em vão se tentará conjugar em pares os elementos à primeira vista

correspondentes, porque nem o termo “sentença” equivale ao termo “*res*”, nem “irrecorrível” a “*iudicata*”. (MOREIRA, 1971, p. 134).

O Código de Processo Civil de 1973 avançou muito, diz o art. 467: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. O Código de Processo Civil de 2015 conceitua o instituto da seguinte maneira: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”

As mudanças do recém revogado código para o atual são tênues, mas relevantes, e serão à frente enfrentadas e melhor aprofundadas. Contudo, a princípio, destaca-se os dois aspectos que à ela são inerentes e imprescindíveis para seu devido entendimento, a indiscutibilidade e a imutabilidade.

Se comparados aos textos dos códigos mencionados, a inversão dos termos na frase acima é proposital. Isso porque, a indiscutibilidade é a técnica pela qual a coisa julgada torna imutável as decisões. Já se disse neste trabalho que as preclusões operam por todo o processo movimentando-o para seu fim, tornando o que fora proferido indiscutível. Portanto, a indiscutibilidade da coisa julgada é a técnica preclusiva para tornar a decisão imutável. A imutabilidade, em decorrência, identifica-se pela impossibilidade de alteração da decisão, é a imunização que o Estado confere à decisão contra alterações posteriores, tanto por tentativas do próprio sistema jurisdicional, quanto pelas partes ou por outros entes estatais. (CABRAL, 2014). “Portanto, a essência da técnica da coisa julgada é preclusiva, e talvez por esta razão os romanos a chamavam de *praecclusio maxima*, a preclusão última e maior.” (CABRAL, 2014 p. 54).

Retoma-se as divergências legislativas dos dispositivos supra mencionados, “trocou-se “eficácia” por autoridade, “sentença” por “decisão de mérito”, e “recurso ordinário ou extraordinário” por “recurso”.” (ASSIS, 2015, p. 1346).

O primeiro ponto refere-se ao que é a coisa julgada, isto é, a investigação acerca de sua natureza jurídica e, por isso, seu conceito extraível daí. Porém, como já mencionado, não é o objetivo neste ponto aprofundá-lo, haverá o adequado momento para isso. Pode-se antecipar, contudo, que o legislador tentou distanciar-se da concepção alemã de coisa julgada como um efeito ou eficácia proveniente da decisão, isto é, sendo produzida por ela, para aproximá-la da Liebmaniana, na qual a coisa julgada identifica-se como uma qualidade da decisão. Reitera-se, a discussão será retomada e aprofundada para melhor se extrair um conceito mais ou menos uniforme do instituto.

Quanto às demais alterações, tratam de adequações terminológicas, ambas para abranger as espécies dos referidos institutos e acabar com alguns problemas escolásticos não muito relevantes para a discussão agora tratada. A utilização do termo genérico “recurso” abarca todas as possibilidades de obstar o trânsito em julgado. E o emprego do termo “decisões”, remete-se a toda gama possível: decisões interlocutórias que versem sobre o mérito – parágrafo único do art. 354, arts. 356 e 1.015, II – decisão monocrática de relator, acórdão ou sentença. (DIDIER et al., 2016).

Por fim, dando ensejo à próxima discussão, da leitura do art. 502, ainda se pode extrair mais uma questão. Nas palavras do mestre Araken de Assis, o art. 502 do CPC 2015 “adjetiva coisa julgada como “material”. Daí se infere que há duas dimensões nesta eficácia ou espécies de coisa julgada, a chamada (e criticada) coisa julgada “formal” [...] e a coisa julgada material”. (2015, p. 1346).

2.2.3 A falsa impressão da coisa julgada formal

Ao procurar um liame ao que a doutrina identifica como coisa julgada formal e material, subsistem os aspectos de indiscutibilidade e imutabilidade. São nessas características que se baseiam as divergências. Isso porque, enquanto a primeira denominação opera-se num aspecto endoprocessual, a segunda projeta-se para o sistema, para fora do processo, afetando o direito material ainda que colateralmente. É essa última estabilidade que se pretende objetivar com a coisa julgada, pois só essa impede o desenvolvimento de outras demandas de igual conteúdo, a coisa julgada formal não se revela mais que uma preclusão temporal.

A coisa julgada formal torna indiscutível e imutável o pronunciamento judicial como um fato processual interno ao processo (CABRAL, 2014). Uma vez verificada a preclusão das partes para interpor recursos a fim de modificar a decisão - “quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 1113) - incide sobre o pronunciamento judicial o impedimento de ser modificado na mesma demanda. Ovídio A. Baptista da Silva acerca do tema ensina:

A esta estabilidade relativa, através da qual, uma vez proferida a sentença e exauridos os possíveis recursos contra ela admissíveis, não se poderá modificá-la na mesma relação processual, dá-se o nome de coisa julgada

formal, por muitos definida como preclusão máxima, à medida que encerra o respectivo processo e as possibilidades que as partes teriam, a partir daí, de reabri-lo para novas discussões ou para pedidos de modificação daquilo que fora decidido. (2008, p. 380).

Em outras palavras, a noção de projeção de indiscutibilidade e imutabilidade da coisa julgada formal para dentro do processo pressupõe a ideia de preclusão, haja vista que, tal como esta marca a indisponibilidade de uma situação jurídica ativa dentro do procedimento, aquela marca a última faculdade processual para as partes discutirem o litígio no procedimento. É por essa razão que a doutrina a identifica como uma preclusão, entendendo que o instituto não seria propriamente uma dimensão interna da coisa julgada, e sim a última preclusão temporal do processo, o trânsito em julgado, imprescindível para a conformação da “verdadeira coisa julgada”, porque sem esse não há sua incidência, mas, com ela, é inconfundível. Por isso, Didier e Marinoni entendem indevida a utilização da qualidade formal ao termo coisa julgada para exprimir a situação:

Por isso mesmo, a coisa julgada formal em verdade não se confunde com a verdadeira coisa julgada (ou seja, com a coisa julgada material). É, isso sim, uma modalidade de preclusão (preclusão temporal), a última do processo, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida. (MARINONI et al., 2015, p. 621).

Coisa julgada julgada formal [...] é uma estabilidade endoprocessual da decisão e, por isso, distingue-se da coisa julgada propriamente dita (chamada de coisa julgada material), que se projeta para fora do processo em que produzida (DIDIER et al., 2016, p. 531).

Assim, é oportuno distinguir a coisa julgada “material” da preclusão que é seu pressuposto. A característica mais importante da coisa julgada, como já demonstrado nas questões já enfrentadas, é conferir segurança aos conflitos em concomitância à coerência ao sistema mediante a estabilidade dos julgados. Para isso, deve ser projetada para fora do processo no qual a decisão foi proferida.

Cumprido destacar que o tema não foi exaurido e que há questões que se poderia investigar, notadamente, quando se coloca as variáveis das sentenças terminativas e definitivas, bem como, poder-se-ia discorrer acerca do viés da doutrina de Didier em adotar as noções de coisa julgada processual. Entretanto, ainda que sejam importantes, fogem dos limites deste trabalho, por isso, diante do que se quer tratar, isto é, de se defrontar a tutela sumária satisfativa e a coisa julgada material, a distinção aqui elaborada é o suficiente.

Postas essas considerações, rumo ao cerne do capítulo, avança-se para alguns aspectos problemáticos da doutrina, indispensáveis para se compreender os conceitos de coisa julgada atribuídos pelos juristas brasileiros.

2.2.4 Conteúdo, efeitos e eficácias das decisões

Não há um consenso doutrinário acerca da coisa julgada quando se a investiga em suas sutilezas. Araken de Assis (2015, p. 1345), em referência a Giuseppe Chiovenda, evidencia: “da coisa julgada já se disse tudo, incluindo que todo o dito era inútil e que nada mais de útil poderia ou deveria ser dito outra vez.”

José Carlos Barbosa Moreira, em meados da década de 1970, assim se manifestou quanto às controvérsias doutrinárias que relutam em desaparecer⁹:

A razão fundamental dêsse desconcerto parece residir na equivocidade do próprio conceito a partir do qual se desenvolvem as elaborações dos doutrinadores. Não é de se espantar que se chegue a resultados tão díspares quando se verifica quão longe se está de alcançar um consenso mínimo sobre a determinação mesma do ponto de partida. Impossível pretender, na problemática da coisa julgada, uma convergência de orientações, se não há sequer unanimidade de vistas quanto à delimitação conceptual do objeto pesquisado. (1971, p. 133).

Por essas razões, antes de se adentrar na natureza da coisa julgada, estabelece-se algumas noções a fim de, ao menos, expor um pouco as nuances dos raciocínios doutrinários divergentes. Até porque, tentar resolvê-los é tarefa hercúlea que poucos ousam fazê-lo.

Basicamente, se poderia identificar duas vertentes nas quais os doutrinadores brasileiros mais se filiam. Alguns se detêm aos ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, outros aos de Ovídio A. Baptista da Silva.

Fixa-se na decisão proferida em juízo. Ambas as vertentes compreendem-na como o resultado de uma operação fundamental realizada pelo juiz, na qual subsume o caso concreto a norma geral e abstrata que o dirime. Isto é, “A tarefa preliminar do juiz ao emitir uma sentença, seja ela da espécie que for, será esta operação de particularização do geral, de individualização da norma abstrata.” (SILVA, 2008, p. 383).

Tal consecução provém do dualismo jurídico, concepção na qual a jurisdição não possui força criativa de direitos. Sendo assim, toda decisão exarada redundará numa declaração de um direito preexistente. (CABRAL, 2012). Nesse sentido, toda decisão, seja sentença, acórdão, decisão monocrática ou interlocutória, será um ato jurídico emitido por autoridade jurisdicional. Mas, não só, sendo ato jurídico, possui elementos essenciais que lhe conformam a existência,

⁹ Ortografia conforme o texto original

há substâncias ou uma substância que o discirna de demais atos jurídicos e que determina os possíveis efeitos que produzirá; a esses elementos ou substâncias, corresponde ao seu conteúdo. (MOREIRA, 1989).

Esses aspectos são mais ou menos uniformes em ambos os autores, as nuances se mostram quando pretendem visualizá-los com mais nitidez, principalmente, introduzindo a noção de eficácia.

Barbosa Moreira atenta à possibilidade de se observar os efeitos decisórios por duas posições distintas, enquanto aptos a serem produzidos pela decisão, isto é, enquanto potência inerente de seu conteúdo a produzi-los; e, enquanto situação de já produzidos, ou seja, verificados em posição externa a decisão, como se ato fossem:

Considerados em potência, os efeitos são essenciais à configuração do ato jurídico; noutras palavras, a aptidão para produzir os efeitos típicos não pode deixar de existir naquele, sem desnaturá-lo. Considerados em ato, podem os efeitos faltar, no todo ou em parte, definitiva ou temporariamente, sem tal consequência. (MOREIRA, 1989, p. 175).

Quando tece acerca das eficácias, conceitua-a como “a qualidade do ato enquanto gerador de efeitos” (MOREIRA, 1989, p. 175), e aponta sua inerente correlação para com as noções de efeitos expostas, dispondo que da mesma forma, “pode-se falar de eficácia como simples aptidão para produzir efeitos (em potência) ou como conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em ato)” (MOREIRA, 1989, p. 176).

Nesse sentido, nos entendimentos do mestre fluminense, eficácia como potencialidade da decisão a produzir efeitos é designação (virtual) para se identificar os elementos existenciais da decisão, ou melhor, sendo capaz de identificar o conteúdo decisório (declaratório, constitutivo ou condenatório), mas não se confundindo com ele. Além disso, também não se confunde com a eficácia como ato, uma vez que se refere ao conjunto de efeitos produzidos, logo externos à decisão. É aqui que reside a fundamental diferença para com Ovídio Baptista; para José Carlos Barbosa Moreira, efeitos e conteúdo estão em planos completamente distintos:

Conteúdo e efeito são verdadeiramente entidades inconfundíveis. Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra. O que se disse dos atos jurídicos em geral diz-se igualmente, em particular, da sentença. Também quanto a esta se distinguem um conteúdo, algo que está nela, que a integra, e vários efeitos que, nascendo dela, se manifestam fora, se projetam *ad extra*. Esses efeitos variam segundo o conteúdo, são determinados por ele, mas nem por isso com ele se confundem. (MOREIRA, 1989, p. 177).

Os pensamentos de Ovídio A. Baptista da Silva divergem, na medida em que conferem ao conteúdo da decisão de mérito, complexidade que transcende as delimitações de Barbosa

Moreira: “a sentença é um ato jurídico de extrema complexidade, onde poderiam coexistir, sem qualquer ofensa aos princípios da lógica, o conteúdo do ato jurisdicional e alguns de seus efeitos” (SILVA, 2008, p. 384).

A divergência se acentua, principalmente, ao analisar o conceito atribuído pelo processualista gaúcho à eficácia da decisão. Para ele, a eficácia não se resume a mera aptidão para produzir efeitos, na realidade a transcende ao ponto de conformar a essência da decisão, atingindo seu “ser decisório”. Ensina o professor ao distinguir efeitos de eficácias:

Quando dizemos que uma sentença é, por exemplo, constitutiva, estamos ainda a tratar da *entidade* “sentença constitutiva” enquanto tal e na medida em que ela, em sua substância, seja diferente de uma sentença condenatória ou puramente declaratória. A eficácia faz parte do *ser da sentença* e, pois, não se confunde com os efeitos que ela seja capaz de produzir (SILVA, 2008, p. 386)

Nesse sentido, o conteúdo da decisão é conformado por eficácias. Entretanto, eis a diferença para com Barbosa Moreira, como já mencionado: o professor entende que em conjunto às eficácias, isto é, integrando o conteúdo decisório, pode haver ainda efeitos, isso porque, alguns efeitos decisórios operam-se exclusivamente no mundo jurídico, em geral, os que visam a certificação de uma relação jurídica (declaração, condenação, constituição), enquanto os que visam a efetivação, efeitos mandamentais e executivos, preponderantemente, materializam-se com a adoção de providências externas às decisões. Assim, o conteúdo das sentenças conteriam efeitos por esses já se manifestarem no plano jurídico no momento atribuído em lei. (SILVA, 1988) O mestre arremata:

É fácil, portanto, perceber que toda sentença condenatória apresentará dois fenômenos distintos: o *condenar*, que é o agir do magistrado em substituição ao agir privado do titular do direito, a tanto impedido pelo ordenamento jurídico, e a *condenação*, que é o estado resultante do ato de condenar. Se examinarmos a sentença, diremos que houve condenação; se dirigirmos nossa análise para o réu, veremos um “réu condenado”. O ato de condenar e a condenação estão na sentença. Haverá desde logo um réu condenado. Não se pode, todavia, confundir o *estar condenado* com o efeito executivo da sentença condenatória. O réu que teve contra si pronunciada a sentença condenatória está (*status*) desde logo condenado, o que significa dizer que o *efeito condenatório* o atingiu. (SILVA, 2008, p. 386-387).

Dessa forma, ao que se pode extrair apertadamente das controvérsias e que será retomado nas investigações acerca da natureza da coisa julgada, para Barbosa Moreira, efeitos e conteúdo decisório estão em planos completamente distintos, inconfundíveis. Os efeitos são necessariamente externos à decisão, são as mudanças operadas. Já para Ovídio Baptista, o conteúdo da decisão é formado por eficácias e também por efeitos. Essa distinção tênue entre os processualistas é o que mais importa.

2.2.5 Natureza jurídica da coisa julgada

Não é o objetivo neste subcapítulo revolver discussões longínquas a fim de remontar os raciocínios jurídicos até os dias atuais. Entretanto, o resgate de alguns debates clássicos são imprescindíveis, notadamente, as exposições de Hellwig e as consequentes críticas opostas por Liebman, que - a despeito de não terem sido profícuas na Europa continental - encontraram, na América do Sul, ambiente propício para se desenvolverem, e, cujas repercussões orientam José Carlos Barbosa Moreira, Ovídio A. Baptista da Silva e tantos outros juristas brasileiros que desses são discípulos.

As investigações do início do século XX acerca da natureza do instituto contemplaram duas concepções distintas, as teorias materiais e processuais. A corrente material entende a coisa julgada como criadora de uma norma de conduta para as partes, enquanto a processual, vê a coisa julgada por um prisma instrumental. Ao gerar incontestabilidade, vincula a jurisdição e as partes ao julgamento proferido, impedindo sua reapreciação processual. Não há afetação direta ao direito substantivo, mas indireta, proveniente do impedimento de rediscussão da mesma causa. (NIEVA-FENOL, 2016).

Dentre as teorias processuais do início do século passado, a de maior relevância é, sem dúvida, a tese de Konrad Hellwig, na qual a coisa julgada nada mais é que a eficácia declaratória da decisão. Todavia, para entendê-la, há de retomar-se um raciocínio, estabelecendo-se uma premissa - a qual repercute por todos os demais processualistas, já que dele se originam - como já mencionado, a decisão judicial não cria direitos, e sim, apenas os declara, haja vista o ordenamento jurídico já os prever, ou seja, parte-se do dualismo do ordenamento, no qual o magistrado subsume o caso concreto a norma geral correspondente, sem, contudo, ter força criativa. (CABRAL, 2014).

Nessa linha, por decorrência, Hellwig identifica que o conteúdo declaratório é imprescindível a todas as decisões, dado que é elementar à atribuição jurisdicional. Por essa razão, e por compreender que algumas sentenças modificam a relação precedente, separa-as em dois grupos, as que hoje a doutrina denomina de meramente declaratórias, *Feststellungsurteile*, e as que, além de comportarem conteúdo declaratório, contêm constitutivos e condenatórios, *konstitutive urteile*. Nesse sentido a partir da análise desse último grupo, constata que nem todos os conteúdos decisórios se tornariam imutáveis e indiscutíveis pela coisa julgada, mas somente o declaratório; por exemplo, transitada em julgado a sentença condenatória, caso o autor tente executar o réu, esse poderá alegar o cumprimento da obrigação, logo discutindo o conteúdo da

sentença condenatória na execução. Assim, a coisa julgada abrangeria apenas o elemento declaratório da decisão, seria efeito surgido com o trânsito em julgado, produzindo imutabilidade e incontestabilidade ao *decisum*, vinculando a jurisdição em outros processos. Isto é, a coisa julgada seria identificada como um efeito do conteúdo declaratório da decisão e portanto uma eficácia desse. (CABRAL, 2014).

Liebman parte dessa última constatação para construir suas idéias. O maior mérito do processualista italiano é separar os efeitos da decisão, da autoridade da coisa julgada. Para ele, há um erro lógico ao identificá-la a um dos efeitos. As decisões possuem um conteúdo próprio, cujos efeitos podem, inclusive e eventualmente, se manifestarem antes mesmo da coisa julgada (LIEBMAN, 1984) - por exemplo, no CPC vigente, a apelação não suspende os efeitos da sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória (art. 1.012, V); no âmbito das declaratórias, as decisões administrativas produzem efeitos independente de coisa julgada - sendo assim, para Liebman, “a identificação da coisa julgada com o efeito declaratório pretendida pela doutrina alemã, por um lado, deixa sem a proteção da coisa julgada os demais efeitos, e por outro, ignora a autonomia do efeito declaratório, que acaba absorvido pela coisa julgada.” (TALAMINI, 2005, p. 34).

Dessa forma, Liebman identifica a coisa julgada como uma qualidade que, derivada de “uma norma externa à própria decisão e que não se encontra entre as normas de direito material ou processual aplicáveis ou efetivamente aplicadas para a resolução do conflito de interesses” (CABRAL, 2014, p. 77), torna imutável e indiscutível a sentença e seus efeitos, Vale as palavras de José Carlos Barbosa Moreira (1971, p. 138): “A única alternativa que descobriu para a atitude tradicional foi a de identificar a coisa julgada com uma qualidade (imutabilidade) da sentença e ... dos seus efeitos!”

A perplexidade de Barbosa Moreira é justificada em sua obra. O mestre carioca rebate a tese de Liebman: “Ora, a quem observe com atenção, a realidade da vida jurídica, não pode deixar de impor-se esta verdade muito simples: se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao sêlo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença.” (1971, p. 139).

Retoma-se o já dito acerca de seus entendimentos no subcapítulo anterior: “Conteúdo e efeito são verdadeiramente entidades inconfundíveis. Aquilo que integra o ato não resulta dele; aquilo que dele resulta não o integra.” (MOREIRA, 1989, p. 177) Ao identificar que os efeitos da decisão são mutáveis por natureza, já que a jurisdição não possui controle por suas manifestações, isto é, sempre haverá a contingência de não se manifestarem como a norma individualizada pronunciou (conceito kelsiano de imputação), não há possibilidade da coisa

julgada incidir sobre eles:

“A decisão que acolhe o pedido, na ação renovatória, produz o efeito de estender por certo prazo, e com fixação de determinado aluguel, o vínculo locatício; mas que impede as partes de, no curso dêsse prazo, de comum acôrdo, modificarem o aluguel fixado, alterarem esta ou aquela cláusula, e até porem fim à locação?” (1971, p. 139).

Nessa linha, o jurista defende que, se a imutabilidade e indiscutibilidade não opera no âmbito dos efeitos, em vez disso, opera no conteúdo da decisão. O que se torna imutável e indiscutível e que se projeta para outros processos é o elemento substancial da decisão, o que a conforma como tal, como condenatória, declaratória etc, ou seja, é o pronunciamento judicial, seu comando, “ou mais precisamente, a norma jurídica concreta nela contida” (MOREIRA, 1984, p. 110), a qual dirime o litígio impedindo que o mesmo objeto de julgamento (mesma causa de pedir e pedido), seja novamente apreciado.

Como discutido anteriormente, Ovídio Baptista da Silva diverge em vários aspectos de Barbosa Moreira. Eduardo Talamini numa síntese apertada, assim entende as controvérsias: “aquilo que Barbosa Moreira denominou de “conteúdo” da sentença, que se torna imutável, seria a rigor”, para Ovídio Baptista, “o seu elemento declaratório.” (2005, p. 38).

A estrutura das ideias do mestre gaúcho em muito sugere a concepção alemã, a coisa julgada estaria intimamente ligada ao elemento declaratório, entretanto, em anuência a Liebman, dissocia-a do plano dos efeitos decisórios, ao entendê-la como uma qualidade, mas não do conteúdo, como afirma Barbosa Moreira, ou de todos os efeitos, como Liebman, e sim, apenas, do efeito declaratório da decisão. (SILVA, 1988) “A coisa julgada deve ser entendida como uma maneira, ou *uma qualidade*, pela qual o efeito se manifesta, qual seja, a sua imutabilidade e indiscutibilidade, como afirma LIEBMAN, ou simplesmente sua indiscutibilidade, como julgamos preferível dizer.” (SILVA, 2008, p. 382).

Para compreender suas ideias, deve-se retomar sua concepção de ato decisório: “a sentença é um ato jurídico de extrema complexidade, onde poderiam coexistir, sem qualquer ofensa aos princípios da lógica, o conteúdo do ato jurisdicional e alguns de seus efeitos” (SILVA, 2008, p. 384) A decisão para Ovídio Baptista é composta de eficácias, entidades designativas de seu ser, e efeitos, alguns produzidos por ela, nela inseridos em seu próprio conteúdo, e que se manifestam no momento designado para tal: “toda sentença condenatória apresentará dois fenômenos distintos: o *condenar*, que é o agir do magistrado em substituição ao agir privado do titular do direito, a tanto impedido pelo ordenamento jurídico, e a *condenação*, que é o estado resultante do ato de condenar.” (SILVA, 2008, p. 386-387).

Nesse sentido, entende o jurista, que as eficácias, enquanto virtualidade conformativa do conteúdo de uma decisão, não podem se tornar imutáveis ou indiscutíveis, isto é, não são substâncias concretas; já os efeitos, enquanto entidades sensíveis, podem sê-lo. Porém, nem todos, em consonância parcial a Barbosa Moreira, visto que também compreende que os efeitos são mutáveis por natureza: “os efeitos que a sentença produz são perfeitamente modificáveis pela vontade das partes” (SILVA, 2008, p. 389).

Dessa forma, limita a coisa julgada ao efeito declaratório. Luiz Guilherme Marinoni, cujo filiação doutrinária se coaduna ao do mestre rio grandense do sul, arremata:

Deixe-se claro, porém, que todas as sentenças têm algo de declaratório. Assim, quando se diz que a coisa julgada incide sobre o efeito declaratório, deseja-se – em primeiro lugar – afirmar que a coisa julgada toca no elemento declaratório das sentenças declaratórias, condenatórias, constitutivas, executivas e mandamentais – e não apenas na “declaração” própria da sentença declaratória –, projetando para fora do processo um efeito declaratório imutável. *Melhor explicando: a coisa julgada é uma qualidade que torna imutável o efeito declaratório da sentença.* (MARINONI et al., 2015, 626).

Pois bem, explanadas as duas posições majoritárias, afinal, qual teoria melhor se adequaria a prática?

Na realidade, frente a questão, deve-se tomar uma posição acerca da vinculatividade das partes ao efeito declaratório da decisão. Isto é, no caso de uma decisão de mérito proferir a improcedência do pedido do autor a respeito da existência de um direito; poderiam, ambas as partes, reconhecer o direito declarado inexistente, obtendo todos os efeitos desde o momento que reputam existente? Veja-se, não se está diante da constituição de um novo direito, mas do reconhecimento pretérito de um e de toda sua repercussão até o momento, há diferenças portanto. (TALAMINI, 2005).

Conforme exemplifica Eduardo Talamini, pense-se no julgado improcedente de um crédito pleiteado pelo autor; em momento posterior a sentença transitada em julgado, ambas as partes, em comum acordo, decidem reputá-lo existente, dessa forma, reconhecendo o valor devido, bem como os juros incididos.

No caso de entender-se que o reconhecimento do negócio jurídico pelas partes trata-se de situação ofensiva a coisa julgada, estar-se-ia filiando as idéias de Ovídio Baptista, para ele, uma vez revestida de coisa julgada o efeito declaratório de existência ou inexistência de uma relação jurídica, nem mesmo as partes poderiam agir de modo contrário:

Nenhum negócio jurídico envolvendo o efeito declaratório da sentença que importe em renúncia, ou perdão, ou confissão contrária ao que o Juiz declarou,

terá qualquer eficácia jurídica, por ser negócio jurídico absolutamente inválido, por contrário e ofensivo à coisa julgada. (SILVA, 1988, p. 218).

Entretanto, se se entende o contrário, isto é, se há possibilidade de se reconhecer existente o que fora proferido inexistente, admite-se que a coisa julgada recai sobre o conteúdo da decisão, sua norma jurídica concreta, não abrangendo a projeção fática de seus efeitos. Ou seja, filia-se a Barbosa Moreira.

A bem da verdade, como orienta Eduardo Talamini (2005), a análise não deve ser reducionista. Pelo contrário, o direito pleiteado determinará a vinculação das partes. Nessa linha, se se está diante de um direito disponível, como no exemplo dado, não se demonstra qualquer óbice para que as partes o reconheça, mesmo que outrora considerado inexistente; contudo, se se está diante de um direito indisponível, ou seja, que dependa de uma necessária providência judicial que vá de frente ao conteúdo sentencial revestido pela coisa julgada, não se poderá, visto que a jurisdição está impedida de atuar por conta da coisa julgada.

Eduardo Talamini exemplifica:

Declarada a filiação em sentença, não bastará o posterior consenso entre as partes de que a filiação não existe. Mais do que isso, seria necessário alterar-se registro público – o que, todavia, depende de intervenção judicial, vedada pela coisa julgada. Mas, considere-se agora a hipótese inversa, em que a sentença houver negado a existência da relação de filiação. A despeito disso, as partes poderão posteriormente, de comum acordo, reconhecer a existência dessa relação, pois o reconhecimento de filiação independe de intervenção judicial (C. Civ., art. 1.609, II e III) (2005, p. 40-41).

No que concerne aos terceiros juridicamente interessados na demanda cujo comando foi revestido de coisa julgada, ainda que seja um direito disponível, as partes poderão não conseguir afastar a vinculatividade operada: “a coisa julgada não vincula o terceiro [...], mas, nos seus limites objetivos, a coisa julgada é oponível *pelo terceiro contra as partes* a ela vinculadas.” (TALAMINI, 2005, p. 41). O jurista ensina:

Um do sócios propõe contra a sociedade ação declaratória de nulidade de assembleia, que é julgada procedente, formando-se coisa julgada. Depois, esse sócio e a sociedade chegam a um consenso e reconhecem a validade da assembleia. Se, em face disso, o outro sócio levar a questão a juízo, nem a sociedade, nem o sócio autor da primeira ação terão como se subtrair da autoridade da coisa julgada. Nesse novo processo, o juiz ficará vinculado ao comando anterior, que reconheceu a nulidade. (2005, p. 41).

Dessa forma, os entendimentos de Barbosa Moreira são os que melhor se adequam a prática e a noção de coisa julgada como um instituto processual cuja atuação no direito material é reflexa. A imunização e indiscutibilidade dada pela coisa julgada material a norma individualizada na decisão opera no âmbito processual, por isso, tratando-se de direitos

indisponíveis, haja vista que dependeriam de atuação jurisdicional para se manifestarem de forma contrária a coisa julgada, há o impedimento. Contudo, tratando-se de direitos disponíveis, não há, “sustentar o contrário implicaria atribuir caráter material à coisa julgada e função criadora de direito à sentença.” (TALAMINI, 2005 p. 42).

Por fim, remanesce um adendo apresentado por diversos juristas como Fredie Didier Júnior, Antonio do Passo Cabral, Eduardo Talamini, entre outros, à tese da coisa julgada como uma qualidade do conteúdo decisório proposta por Barbosa Moreira. Araken de Assis segue no mesmo sentido, embora entendendo o instituto nos moldes da tradicional doutrina alemã. Diz Didier: ““Qualidade” é um atributo que uma norma jurídica confere a algum fato; assim, “Qualidade” é, necessariamente, um efeito jurídico – não adianta alterar o rótulo”. (2016, p. 529). Isto é:

Dizer que a coisa julgada não é um efeito da sentença não significa afirmar que a coisa julgada não pode ser efeito de mais nada no ordenamento jurídico. De fato, se a coisa julgada “surge” ou “se produz”, e então “se agrega” à sentença, como afirma Liebman, é porque fora produzida por alguém ou por algo, no sentido de que é consequência, e portanto efeito, de algum fenômeno no sistema jurídico. (CABRAL, 2014, p. 147).

Por essa razão, a coisa julgada poderia ser identificada como um efeito sistêmico, proveniente de um “fato jurídico composto, do qual a decisão é apenas um dos seus elementos.” (DIDIER et al. 2016, p. 529).

Um efeito que surge não da decisão definitiva, mas de uma “estabilidade que pressupõe tenha havido encerramento da cognição sobre a questão.”, (DIDIER et al. 2016, p. 530), mas também “do trânsito em julgado ou da preclusão das vias recursais” (CABRAL, 2014, p. 148)

Em suma, a coisa julgada poderia ser conceituada como: um efeito jurídico proveniente da exauriência cognitiva, do trânsito em julgado e da preclusão das vias recursais, que reveste as decisões, tornando sua norma jurídica concreta indiscutível e imutável.

2.2.6 Limites objetivos da Coisa julgada

Embora de importância incontestável, os limites da coisa julgada (objetivos, subjetivos e temporais) não serão tratados em todas as suas extensões e profundidades. Alguns aspectos serão pinçados e desenvolvidos neste e no próximo subcapítulo, como o foram no final do anterior.

“A busca pelos limites objetivos é a própria pesquisa sobre este conteúdo; significa, em

outras palavras, perquirir quais elementos da cognição ou do julgamento que se tornam imutáveis e indiscutíveis” (CABRAL, 2014, p. 85), entretanto, preliminarmente, há de se distinguir as noções de questões incidentais e principais colocadas ao juízo, visto que são imprescindíveis para se compreender o tema agora tratado.

Tanto nas questões incidentais apresentadas pelas partes, quanto nas principais haverá atividade cognitiva da jurisdição, a diferença conforma-se à medida que, ao longo do procedimento, as primeiras serão resolvidas tornando-se fundamentos para se atingir a solução das segundas. Por essa razão, as questões incidentais, via de regra, não são abrangidas pela coisa julgada, suas soluções são necessárias para que o magistrado possa proferir o julgamento, mas não foram postas pelas partes para esse fim. (DIDIER et al. 2016).

O art. 504 esclarece a questão ao determinar o quê não fazem coisa julgada na decisão de mérito: “I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença”. O *caput* do art. 503, por outro lado, determina o quê faz coisa julgada: “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da *questão principal* expressamente decidida.” Razões pelas quais, as questões incidentais, via de regra, não são acobertadas pela coisa julgada, enquanto as principais o são; a exceção ao regime está prevista no § 1º do 503, que estende a coisa julgada à questão prejudicial, desde que amoldada a uma das hipóteses dos incisos I, II e III.

Nesse sentido, percebe-se, por óbvio, que a coisa julgada abrange a questão principal colocada a apreciação jurisdicional, sendo essa, o objeto litigioso do processo, “o mérito da causa, a pretensão processual [...] o objeto da decisão.” (DIDIER et al. 2016, p. 537).

Por sua vez, de acordo a doutrina majoritária, uma vez que a demanda é composta pelas partes, pedido e causa de pedir, o objeto litigioso do processo identifica-se ao pedido do autor, sua pretensão, “podendo ser ampliado por demanda do réu (reconvenção, denunciação da lide...) ou de terceiro que apresente intervenção (oposição, intervenção litisconsorcial voluntária...” (LOPES, 2012, p. 16). A causa de pedir não compõe o objeto litigioso do processo por ser o estabelecimento lógico-jurídico dos fatos e da efetivação almejada, ou seja, a fundamentação do pedido. (TALAMINI, 2005) Sua inclusão poderia “levar a uma “fuga” da coisa julgada. É que a *causa petendi* corresponde ao conjunto de fatos alegados, e sua inclusão no objeto do processo poderia tornar a coisa julgada inócua se houvesse um apego às alegações de fatos históricos, precisados em determinada data e hora.”. (CABRAL, 2014, p. 91).

Assim, não é de se surpreender que a maioria da doutrina entenda que a coisa julgada incida sobre o dispositivo da decisão. Esse é a resposta direta às pretensões das partes, isto é, a norma jurídica concreta a dirimir o objeto litigioso. Se são elementos da sentença o relatório, os fundamentos e o dispositivo – art. 489, CPC -, se a coisa julgada não abrange todas as questões abarcadas no procedimento, então, que abranja na sentença, a resposta direta as questões principais, e é esse, inclusive, o motivo pelo qual o novo CPC tratou de vincular o dispositivo da sentença às questões principais postas no inciso III do art. 489 de forma expressa: “o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.”

Acrescente-se a isso, o entendimento de que, tal como nos atos legislativos, os debates parlamentares antecedentes a edição de lei não são vinculativos às normas, ou seja, a lei desliga-se da atividade cognitiva que as geraram para manifestarem-se como ato de vontade Estatal, embora a decisão jurisdicional seja também um ato cognitivo, vincula apenas como manifestação de um ato de vontade do Estado, como o ato volitivo Estatal encontra-se no dispositivo, é lógico que se restrinja a coisa julgada a essa parcela da sentença. (CABRAL, 2014.)

De fato, se bem analisada, a limitação da coisa julgada a uma específica seção da sentença (o dispositivo) deriva de uma projeção da vontade dos litigantes. Na acepção dominante, os limites objetivos da coisa julgada são, em última análise, os limites colocados pelas partes no pedido. Sem embargo, pelo princípio da adstrição da sentença ao *petitum*, a restrição operada pelas partes em seus arrazoados é transportada para o conteúdo da sentença, e portanto a autoridade da coisa julgada não deveria incidir sobre todos os componentes da sentença, mas só ao dispositivo, que é sede onde o juiz, ao decidir a causa, responde ao pedido. (CABRAL, 2014, p. 92).

Assim, resumidamente, poder-se-ia compreender os limites objetivos como a abrangência da coisa julgada à questão principal proposta e eventualmente dilatada pelo réu, provocando a resposta jurisdicional dentro desses limites estabelecidos, em razão da congruência entre *libello* e *decisium*.

2.2.6.1 Efeito positivo, negativo e preclusivo da coisa julgada

Basicamente, uma vez formada, a indiscutibilidade e imutabilidade da coisa julgada operam em três dimensões que expressam suas funções imperativas e vinculativas de estabilidades dos julgados.

2.2.6.1.1 efeito negativo

Antônio do Passo Cabral, identifica o efeito agora tratado da seguinte maneira: “A qualificação de “negativo” decorre da concepção de que é a “inexistência” da *res iudicata* que é exigida para o desenvolvimento regular do processo.” (2014, p. 101).

A doutrina costuma verificar a existência de coisa julgada pela aplicação clássica da tríplice identidade, comparando os elementos da demanda sob exame, com a demanda transitada em julgado. O § 2º do art. 337, CPC, dispõe: “Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.” Nessa linha, o § 4º desse mesmo artigo prevê: “Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.” Por sua vez, o art. 337, VII, CPC, prevê ao réu a possibilidade de opor-se a ação, alegando a objeção de coisa julgada.

É nesse contexto que sobressai o efeito negativo, trata-se de uma maneira pela qual a indiscutibilidade e imutabilidade da coisa julgada projeta-se pelo sistema, uma vez que age como pressuposto negativo a outras demandas “impondo uma vedação de outro julgamento sobre o mesmo tema” (CABRAL, 2014, p. 101), permitindo ao réu, objetar a existência de coisa julgada contra a pretensão do autor, isto é, vedando que o processo transite regularmente, porque há ação idêntica cuja decisão já transitou em julgado. O magistério de Eduardo Talamini ensina (2005, p. 130): “Consiste na proibição, nos limites acima expostos, de que qualquer órgão jurisdicional torne a apreciar o mérito do objeto processual sobre o qual já recai coisa julgada.” O efeito negativo, portanto, veda a atividade cognitiva, está intimamente relacionado a noção de preclusão, impossibilitando a rediscussão do objeto litigioso em outras demandas iguais.

2.2.6.1.2 efeito positivo

A dimensão positiva identifica-se pela vinculação de uma demanda a um julgado já recoberto pela coisa julgada, a comando judicial proferido torna-se questão prejudicial a outra demanda; a certificação de um direito em uma demanda torna-se pressuposto para o devido desenvolvimento de outra demanda, isto é, “impõe-se a obediência ao julgado como norma concreta indiscutível, e então o que foi decidido passa a ser considerado vinculante não só naquele processo mas em outros processos posteriores, quando nestes venha a ser alegada a

questão prejudicial.” (CABRAL, 2014, p. 103).

Veja-se, na dimensão positiva, não se está diante de uma demanda cujos elementos são idênticos – tríplice identidade –, se lhes fossem, operaria a função negativa, impedindo a atividade cognitiva jurisdicional, ao invés, verifica-se uma proibição de afastamento ao que foi decidido, proíbe-se uma eventual contradição do magistrado, ao determinar sua vinculação ao que foi proferido em outro procedimento. O efeito positivo faz com que o conteúdo certificativo da primeira demanda, seja observado pelo juízo da segunda demanda, devendo ser incorporado a sua cognição. Ilustrativamente, Didier explana os seguintes exemplos:

a) na fase de liquidação de sentença, o juiz deve levar em consideração a coisa julgada formada na fase de conhecimento – não pode decidir contra o que já fora decidido, dizendo, por exemplo, que não existe a dívida; b) em ação de alimentos lastreada em coisa julgada de filiação, o juiz não pode negar os alimentos, sob o fundamento de que não existe o vínculo de família – pode negar os alimentos, mas não por esse fundamento, pois sobre a existência de filiação já há coisa julgada. (DIDIER et al., 2016, p. 528).

“Em outras palavras, a eficácia positiva da coisa julgada traduz a necessidade de absorção da coisa julgada como conteúdo de outro processo, especificamente como questão não suscetível de discussão e capaz de fundar um novo pedido” (MARINONI et al, 2016, p. 635).

2.2.6.1.3 eficácia preclusiva

Tal como o já discutido, a coisa julgada projeta sua indiscutibilidade e imutabilidade dentro de limites estabelecidos pelo objeto litigioso fornecido pelas partes, haja vista o conteúdo decisório no qual incide, se identificar a resposta direta à crise do direito material envolvido. Nesse sentido, tudo o que não foi apreciado, isto é, não se apresenta como a matéria-prima fática e jurídica alegada pelas partes, não comporá a sentença, extrapolando os limites objetivos da coisa julgada.

Ocorre que, nem tudo o que não foi alegado pelas partes e apreciado pelo juízo poderá ser suscitado em outra demanda; exprime-se melhor, para que a coisa julgada manifeste sua autoridade plenamente, tornando a norma individualizada imune, algumas questões não apreciadas pela jurisdição, porque as partes não as fizeram adequadamente, não poderão compor outras demandas cujos pedidos criam uma situação incoerente para com a coisa julgada já formada. Se assim não o fosse, bastaria que a sucumbente propusesse uma nova demanda com questões fáticas e jurídicas que deixou de alegar, deduzindo um pedido veladamente

diferente ou até idêntico, e, assim, burlaria a coisa julgada formada ou mitigaria suas perdas.

José Carlos Barbosa Moreira exemplifica:

Suponhamos, “*verbi gratia*”, que Caio peça e obtenha, por sentença transitada em julgado, a condenação de Tício ao pagamento de multa pela infração de certa cláusula do contrato entre ambos celebrado. Tendo pago a multa, volta Tício a juízo e, alegando a nulidade absoluta do contrato, pede a restituição da importância correspondente à pena convencional. (p. 102, 1988).

Por mais justa que aparente a possibilidade de Tício ajuizar e reverter as perdas que sofreu, a demanda não poderá prosseguir em razão de ter precluído o seu momento de alegar a nulidade do contrato. Já se disse, o sistema normalmente prefere a segurança à justiça, se a parte não praticou a faculdade processual lhe posta, perde a possibilidade de fazê-la depois. Em outras palavras, opera-se a eficácia preclusiva da coisa julgada. “Fica vedado à parte valer-se das alegações e defesas que poderia ter feito e não fez, a fim de tentar obter outro pronunciamento jurisdicional acerca do mesmo pedido e causa de pedir em face do mesmo adversário.” (TALAMINI, 2005, p. 86).

O art. 508 do CPC traz a norma em destaque: “transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”

Como adverte a doutrina, a questão agora tratada não se refere a ideia de um julgamento implícito ou a uma extensão da coisa julgada aos motivos da decisão, está-se, na realidade, diante dos limites objetivos da coisa julgada. Acontece que, como ensina Talamini, em referência a causa de pedir proposta:

Se a parte possuía uma alegação que era relevante à defesa de sua posição, ela tinha o ônus de apresentá-la no momento adequado no curso do processo (em prazo específico, se se tratava de uma exceção; ao todo tempo, durante o processo, se constituía uma objeção). Ao não o fazer, sofreu a preclusão. (2005, p. 86).

Não há uma extensão da coisa julgada a fundamentos e motivações, e sim, a submissão dessas à eficácia preclusiva da coisa julgada, porque qualquer relação lógica jurídica que componha a atividade cognitiva da jurisdição num dado procedimento, poderão ser suscitadas em outros processos, mas não com o objetivo de mitigar a coisa julgada já formada. Nesse sentido, as “questões relativas à mesma causa de pedir ficam preclusas em função da incidência da previsão do art. 508. Todas as demais são livremente dedutíveis em demanda posterior.” (MARINONI et al., 2015, p. 637) .

A bem da verdade, como ensina Didier, “a rejeição presumida de todas as alegações e defesas que poderiam ter sido sustentadas pelo réu é facilmente visualizada, até mesmo porque

lhe cabe concentrar toda a sua defesa na contestação, na forma do art. 336, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 342.” (2016, p. 563) Entretanto, o mesmo não ocorre com o autor, a dúvida que permanece, portanto, é quais alegações relativas à mesma *causa petendi* estariam obstadas pela existência da coisa julgada?

Em que pese à grandes doutrinadores como Araken de Assis estenderem a eficácia preclusiva a todas as possíveis causas de pedir que o autor poderia alegar e não o fez, entende-se em conformidade a corrente majoritária da doutrina, na qual “a eficácia preclusiva só atinge argumentos e provas que sirvam para embasar a causa petendi deduzida pelo autor” (DIDIER et al., 2016, p. 563). Assim, retomando o exemplo de Barbosa Moreira, se a ação proposta por Caio fosse julgada improcedente em razão de suposta infração a uma cláusula contratual por Tício, não haveria óbice que propusesse nova demanda, deduzindo a condenação de Tício, agora por conta de infração a outra cláusula contratual ocorrida em concomitância a infração deduzida na primeira ação condenatória.

Sendo assim, a eficácia preclusiva da coisa julgada opera a proteger o julgado, impedindo o desenvolvimento de demandas incompatíveis com a questão principal decidida. Não é um efeito propriamente dito da coisa julgada, mas, sim, decorrente da legislação a fim de tornar a coisa julgada mais estável.

Pois bem, feitas as considerações acerca dos efeitos e eficácias da coisa julgada, passa-se para a questão principal deste trabalho, a eventual possibilidade de configuração de coisa julgada na estabilização da tutela antecipada.

3. A CONFORMAÇÃO DA COISA JULGADA NA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE ESTABILIZADA

Ao longo deste trabalho, percorreu-se o regime das tutelas provisórias instituído no Código de Processo Civil de 2015, demonstrando suas técnicas, premissas e particularidades, até ser possível compreender o procedimento de autonomização de sua modalidade satisfativa. Perfez-se, a pouco, passagem pelo instituto da coisa julgada, determinando seus limites, investigando seus conceitos, abrangência e notórias controvérsias doutrinárias.

Dispostos esses elementos, é possível, agora, estabelecer um contraponto entre a estabilidade viabilizada pela autonomização do art. 304 do CPC e a estabilidade sistêmica da coisa julgada, concluindo-se sobre se o legislador, no § 5º do artigo mencionado, prevê a incidência da *res iudicata* na decisão estabilizada após o transcurso temporal estatuído de dois anos.

3.1 Conteúdo das tutelas provisórias

Consoante ao já discorrido, a técnica antecipatória viabiliza a satisfação de quem a aventa em função do perigo no qual o direito material pleiteado se encontra, sendo assim, o juiz, a fim de afastar o perigo da demora da prestação jurisdicional definitiva, antecipa a produção de efeitos provenientes da decisão final, satisfazendo de imediato.

Contudo, é de comum entendimento na doutrina, que, via de regra (*supra* 1.2.2.1.2.3), a técnica antecipatória não permite a satisfação integral do direito pleiteado, melhor dizendo, não permite a antecipação da prestação jurisdicional em toda sua complexidade, vedando-se, nesse caso, a certificação do direito afirmado, uma vez que fundada em juízos parciais de mérito. Motivo pelo qual, no regime do CPC de 1973, a decisão antecipatória estava subordinada ao aprofundamento cognitivo.

Ocorre que, em algumas ocasiões, a satisfação antecipada é o suficiente para autor e réu não mais pretenderem prosseguir com o procedimento, daí a razão de o legislador de 2015 prever a autonomização da decisão através de sua estabilização pelo art. 304. Dessa forma, nos entendimentos da doutrina majoritária, como a decisão liminar não abrange a totalidade da decisão definitiva, remanesce compreender o quê da decisão definitiva é antecipável de

produção, ou seja, o quê seria antecipável que conformaria o conteúdo da decisão antecipada?

Como a coisa julgada opera a imunização do conteúdo da decisão definitiva através da indiscutibilidade, necessita-se compreender o conteúdo da decisão antecipada para se perquirir se há ou se falta algo que possibilite ou impossibilite a estabilidade particular da coisa julgada. Razão pela qual, preferiu-se abranger a questão neste momento e não no outro (*supra* 1.2).

Pois bem, sabe-se que a tutela definitiva é aquela conferida em decisões declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas *lato sensu* a partir de um profundo debate da lide, sendo a técnica na qual proferida, idônea a conformação de coisa julgada. A tutela provisória, ao invés, é proferida a partir de cognição sumária da lide. Nessa linha, seria contraprudente antecipar a própria tutela definitiva, a qual dirime o conflito com o manto da coisa julgada. “Antecipar significa satisfazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor, e sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com antecipação da sentença” (ZAVASCKI, 2009, p. 49); adianta-se, dessa forma, não a tutela satisfativa propriamente dita, mas “a eficácia social da sentença – seus efeitos executivos – e, não sua eficácia jurídico-formal.” (DIDIER, et al. 2016, p. 601). Sua certificação jurisdicional.

É por essa razão, inclusive, que o art. 303, *caput*, CPC, exige na petição inicial do procedimento da tutela antecipada antecedente, a indicação do pedido final; o autor precisa indicar a abrangência da possível decisão definitiva, para que o magistrado possa sopesar dentro dos limites de seu poder geral de “tutela provisória”, quais eficácias sociais da decisão definitiva poderá produzir antecipadamente frente ao arcabouço fático probatório disponibilizado, ou seja, seus pressupostos, fundamentos e provas.

Como já discorrido no segundo capítulo nos embates de Barbosa Moreira e Ovídio Baptista, a eficácia das normas jurídicas pode ser contemplada por dois prismas diversos, um interno e outro externo ao ato jurídico que a contém, isto é, a eficácia como potencialidade para produção de efeitos, e a eficácia como ato de efeitos já produzidos; além disso, Ovídio Baptista, em particular, chama a atenção para o fenômeno de as sentenças produzirem efeitos certificativos estritamente no mundo jurídico, ainda que os insira em seu conteúdo.

Por sua vez, Teori Albino Zavascki (2009), de forma mais propícia para a ocasião, valendo-se dos pensamentos de Pontes de Miranda e Miguel Reale, revela a eficácia das normas jurídicas num sentido abstrato - tal como Ovídio identifica os efeitos meramente certificativos -, no qual a eficácia se caracteriza pela produção de efeitos no mundo jurídico, e não a mudança que atua nas relações jurídicas; e outro, no qual identifica a eficácia como a inclinação da norma

jurídica a produzir efeitos no plano fático, estabelecendo condutas sociais. Assim, no que se refere às decisões definitivas:

Há, nas sentenças, aptidão para produzir efeitos no plano jurídico-formal, como são os efeitos de declarar, constituir, desconstituir, condenar. É a sua eficácia jurídica em sentido estrito. E há nelas aptidão para produzir efeitos na realidade dos fatos, vale dizer, para impor condutas compatíveis com a eficácia jurídica. É a sua eficácia social, a sua efetividade. (ZAVASCKI, 2009 p. 51)

As tutelas provisórias, nessa linha, têm o condão de antecipar justamente a produção desses efeitos sociais que viabilizam a efetividade, isto é, podem antecipar efeitos que decorreriam da certificação jurídico-formal, da contingente decisão definitiva proferida ao fim da cognição, pois, como atesta o ministro:

quando se fala em urgência, em dano, em *periculum in mora*, está-se falando em fatos e não em abstrações. Perigo é fenômeno concreto e não formal. No plano jurídico formal, ou seja, no mundo dos pensamentos, a eficácia da sentença não se sujeita a perigo algum. A demora em sua prolação jamais será empecilho a que a sentença definitiva produza efeitos no plano abstrato. Não há perigo que possa comprometer a tutela jurisdicional no que tange a declarar direitos, ou a constituir e desconstituir relações jurídicas, ou a impor condenações. (ZAVASCKI, 2009, p. 51).

Em outras palavras, o perigo afirmado existente relaciona-se à eventualidade da infrutuosidade do direito afirmado, por conta da impossibilidade de se suportar a demora processual (MITIDIERO, 2014), a certificação jurídica a que estão vinculados todos os magistrados não se padece por conta da demora. Assim, antecipa-se a produção de efeitos que a futura decisão definitiva poderá produzir no mundo fático.

Acerca da questão, Luiz Guilherme Marinoni ensina:

A tutela antecipatória produz o efeito que somente poderia ser produzido ao final. Um efeito que, por óbvio, não descende de uma eficácia que tem a mesma qualidade da eficácia da sentença. A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as consequências concretas da sentença de mérito. Essas consequências concretas podem ser identificadas com os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo, no âmbito das relações de direito material. (2008, p. 42-43).

A bem da verdade, não há uma uniformidade doutrinária acerca do quê em cada tipo de ação poderia ser antecipado, ao menos, as questões abordadas até o momento aparentam sê-lo, antecipa-se, então, efeitos sociais. Nessa linha, para que a discussão não provoque enfado mais que o necessário, não se exaurirá as sutilezas dos entendimentos individualizados dos doutrinadores, e sim, alguns aspectos que, de certa forma, tangenciem vários e sejam profícuos para a discussão que se desenvolverá.

Como se viu, tanto as decisões declaratórias, quanto as constitutivas, prescindem de atos executórios posteriores após suas prolações. Uma vez proferidas, dispõem acerca de uma regra, seja declarando a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica; constituindo, desconstituindo ou modificando uma relação jurídica; nas condenatórias, tal como nas primeiras, desde o trânsito em julgado, o réu encontra-se condenado, a condenação opera, portanto, no plano jurídico. Nessa linha, a norma individualizada nelas contida estabelece uma prescrição, um preceito para as partes, uma dever comportamental, a efetividade concretiza-se no plano jurídico em momento concomitante ao trânsito em julgado via de regra, dessa forma, como ensina Teori Albino Zavascki:

tem a eficácia (positiva) de estabelecer certeza sobre o conteúdo da relação jurídica litigiosa, do que decorrem consequências práticas, refletidas no plano do comportamento das partes a quem foi dada. Uma dessas consequências é a de impedir, de proibir, de vedar futuros atos ou comportamentos do réu contrários ou incompatíveis com o conteúdo do preceito emitido. É uma espécie de eficácia *negativa*, de cunho marcadamente inibitório. Daí afirma-se, na esteira de doutrina das mais atuorizadas, que ação declaratória pode conter mandamentalidade “em alto grau”. (2009, p. 88).

É em razão disso que Ovídio Baptista entende ser impossível a antecipação de tutela satisfativa declaratória e constitutiva. O que ocorre nessas ações é a produção de efeitos executivos e mandamentais:

Seria impróprio que o magistrado, ao decretar uma liminar provisória por definição, como qualquer liminar, declarasse existente uma determinada relação jurídica, ou legítima ou ilegítima uma certa conduta, assim como seria também a provisão liminar através da qual o juiz criasse ou modificasse ou afinal extinguisse uma dada relação jurídica, apenas ‘provisoriamente’. (SILVA, 2006, p. 117).

A urgência é inerente a antecipação, assim, o que se antecipa é a produção de efeitos mandamentais e executivos a fim de satisfazer concretamente e afastar o perigo. Nesse sentido, o que é passível de antecipação não são as eficácias declaratória, constitutiva ou condenatória preponderantes da decisão definitiva, mas efeitos mandamentais e executivos. Esses, materializam-se em eficácias negativas, “mediante ordens de não fazer contra o preceito, ou seja, ordens de abstenção, de sustação, de suspensão, de atos ou comportamentos.” ZAVASCI, 2009, p. 88).

Exemplifica-se o servidor público que pleiteia a nulidade do ato de sua demissão. Não será possível antecipar a declaratividade positiva, uma vez que não se pode antecipar a eficácia jurídico-formal. Entretanto, poder-se-á pleitear liminarmente a ordem de suspensão da demissão e sua consequente reintegração, a qual se manifesta pelo dever de abstenção do órgão público em não agir contra o preceito declaratório (eficácia negativa).

Luiz Guilherme Marinoni, por uma discordância, de certa forma, parcial, entende:

É impossível a antecipação da eficácia meramente declaratória, ou mesmo conferir antecipadamente ao autor o bem da “certeza jurídica”, o qual somente é capaz de ser a ele atribuído pela sentença declaratoria. A cognição inerente ao juízo antecipatório é por sua natureza completamente inidônea para atribuir ao autor a “declaração” – ou a “certeza jurídica” por ele objetivada. (2008, p. 50)

Entretanto, no que se refere a tutela constitutiva, não vê óbice algum em produzir uma constituição sumária. Observa, sim, utilidade que, “embora não seja possível antecipar a eficácia constitutiva da sentença (da mesma forma que não se pode conceber a antecipação da eficácia declaratória)” (MARINONI, 2008, p. 52), isto é, a eficácia juríco-formal, “quando é possível extrair da constituição provisória alguma pretensão condenatória, mandamental ou executiva, dá-se vida, em caso de inobservância da tutela antecipatória, à provisoriedade, que, em outro caso, poderia se transformar em algo sem utilidade.” (MARINONI, 2008, p. 52). O doutrinador paranaense exemplifica a fixação provisória de aluguel, entendendo haver a produção constitutiva do que só se poderia obter ao final do processo. Em contrapartida, também demonstra a situação na qual não se pode abstrair pretensões condenatórias, mandamentais e executivas, como a desconstituição de um casamento. Assim, para Marinoni, a antecipação das tutelas em ações declaratórias e constitutivas são preventivas e inibitórias.

Athos Gusmão Carneiro (2006, p. 49), resume em linhas gerais a discussão com referência a cada um dos tipos de ação:

a) nas **ações declaratórias**, não pode ser adiantado o elemento nuclear da tutela, ou seja, a **certeza jurídica**, que não se compadece com a “provisoriidade” da AT; todavia, são eminentemente passíveis de adiantamento os efeitos que decorrerão do “preceito” contido na (provável) futura sentença de procedência.

b) nas **ações constitutivas**, o elemento nuclear do pedido poderá ser adiantado se compatível com a provisoriedade ínsita ao AT; assim, não cabe adiantar a alteração do estado civil ou a anulação de um contrato, mas não repugna ao sistema a constituição provisória de um servidão de trânsito. E certamente são passíveis de adiantamento os efeitos de natureza executiva ou mandamental da futura (provável) sentença de procedência [...]

c) nas **ações condenatórias**, são passíveis de AT as prestações de dar, fazer não fazer ou pagar, sendo que relativamente às primeiras dar-se-á a efetivação da tutela [...] através de medidas de cumprimento imediato, de ordens executivas lato sensu ou mandamentais.

As obrigações de pagar, estas sim, submetem-se, “no que couber”, às regras da execução forçada [...]; todavia, é perfeitamente possível, a nosso sentir, o pagamento imediato.

d) nas **ações executivas** (ditas) **lato sensu** e nas **ações mandamentais**, a AT revela-se de imensa utilidade prática e geralmente poderá ser efetivada sem percalços, com a utilização de “astreintes” e/ou dos meios executivos [...]

Expostas essas considerações, pode-se, agora, de fato, avaliar a possibilidade de incidência da coisa julgada na tutela antecipada autônoma.

3.2 O problema da declaração na estabilização e a coisa julgada

Decorre da concepção dualista do ordenamento jurídico que a atividade precípua da jurisdição é dirimir conflitos a partir da declaração de direitos preexistentes, para então, poder modificar a situação jurídica dos contendores, estabelecendo ao vencedor o direito que já possuía, isto é, condenando, modificando, executando, mandando. Nessa linha, a atuação do magistrado pressupõe, necessariamente, a avaliação certificativa de uma relação jurídica. diz-se, então, “generalizando, costuma a doutrina afirmar que em toda sentença se contém um elemento declaratório” (MOREIRA, 1989, p. 180).

Nesse contexto, Eduardo Talamini ensina:

Mesmo as sentenças com eficácia principal constitutiva *declaram* que o vencedor é titular de determinado direito potestativo, para no momento lógico subsequente constituir a situação jurídica a que ele tem (rectius: já tinha) direito. (2005, p. 45).

Entretanto, como já trabalhado, nem toda atuação jurisdicional é apta a extrair um dado certificativo acerca de qual dos litigantes possui o direito debatido no procedimento. Na realidade, todo ato cognitivo jurisdicional, em termos absolutos, se resume a juízos de probabilidade (MITIDIERO, 2014), por isso - em atenção a justiça - o devido processo legal é dado inerente ao Estado de Direito para a viabilidade de uma “certeza”. Deve-se respeitar o formalismo processual, o contraditório e a ampla defesa, oportunizando-se que, em igualdade de condições, as partes possam utilizar de um amplo espectro de meios defensivos, ofensivos, impugnatórios, a fim de contribuírem ao aprofundamento cognitivo. (ZAVASCKI, 2009) O juízo jurisdicional acerca da preexistência de um direito e como deve operar, só pode ser emitido se houve cognição exauriente da lide, em atenção aos meios idôneos a obtê-lo.

Há aqui o liame entre a coisa julgada, a declaração e a tutela definitiva. Para que a tutela assim o seja, e a jurisdição exerça sua função de dirimir conflitos com selo de definitividade, o procedimento judicial precisa acabar. Dessa forma, o processo é conformado por um amplo sistema de estabilidades. A coisa julgada não é a única estabilidade da jurisdição, inclusive, não é a única que pode por fim ao procedimento, como já se teve oportunidade de observar. Entretanto, é a única que pode repercutir na resolução da lide, tornando sua norma individualizada indiscutível e imutável, em atenção a paz social, segurança jurídica e coerência

sistêmica. Como ensina Eduardo Talamini:

Dentro do sistema constitucional, a possibilidade de certos atos virem a se tornar imutáveis é atributo que só se concede à atividade jurisdicional. Não se concebe idêntica qualidade para os atos normativos e administrativos. E assim o é em razão da inafastabilidade do controle jurisdicional: toda atuação pública ou privada é submetida ao crivo da jurisdição. Daí já se vê que a imutabilidade da coisa julgada – qualidade excepcional no quadro da função pública – não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional. (2005, p. 54)

Por isso a razão de se atrelar a coisa julgada à declaração, à cognição exauriente, à oportunidade de contraditório e ampla defesa e à tutela definitiva:

O que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas sobretudo a profundidade da cognição que se pôde desenvolver. (TALAMINI, 2005, p. 54)

Como já se apontou, a tutela satisfativa requerida pelo procedimento do art. 303 e estabilizável nas formas do art. 304, possui, como pressupostos, as comprovações da probabilidade do direito e do perigo da demora para deferimento. Assim, nesses termos, a concessão da tutela liminar é baseada em juízo cognitivo superficial das alegações fáticas e jurídicas do autor, sobretudo em atenção a urgência do caso concreto. Inclusive, não são poucas as ocasiões em que, dado a gravidade fática, há a relegação do *fumus boni iuris*.

Nesse sentido, a decisão proferida limita-se à concessão da tutela a fim de afastar a urgência, satisfazendo de imediato sob o fundamento da probabilidade do direito existir, isto é, em momento algum há a declaração de existência do direito alegado. Dessa forma, como observado no subcapítulo anterior, a técnica de urgência satisfativa antecedente, não antecipa a própria tutela vista sob o prisma da certificação juridico-formal, conferida apenas sob cognição exauriente, e sim, produz efeitos identificáveis na tutela definitiva, efeitos concretos aferíveis da pretensão do autor e traduzíveis em ordens ou execuções.

O art. 502, CPC, denomina a coisa julgada da seguinte maneira: “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.” No segundo capítulo, discorreu-se a respeito, estabelecendo as noções que gravitam o instituto, assim, demonstrou-se que é possível discernir duas correntes “majoritárias” acerca da natureza da coisa julgada: há os que se filiam a doutrina de Ovídio A. Baptista da Silva, na qual a coisa julgada é uma qualidade que torna indiscutível e imutável o efeito declaratório da decisão, não abrangendo os constitutivos, condenatórios, mandamentais e executivos da sentença; e há os que se coadunam a de José Carlos Barbosa Moreira, compreendendo a coisa julgada como a qualidade que torna imutável o conteúdo da decisão, não apenas o elemento declaratório, e muito menos seus

efeitos, isto é, para o jurista, a utilidade da coisa julgada é tornar indiscutível e imutável a norma jurídica concreta prolatada.

Seja por um viés ou outro, ainda que seja incrível conceber tutela definitiva sem juízos certificativos, a não ser que se conferisse força criativa a jurisdição; seja reduzindo ao elemento declaratório a norma jurídica concreta ou não, como o faz Ovídio aparentemente (MOREIRA, 1984; TALAMINI, 2005), a dedução da preexistência do direito alegado para a emissão da norma concreta é dado elementar a partir do aprofundamento cognitivo. Como a técnica antecipatória não é predisposta a emitir qualquer declaração sobre a existência ou inexistência do direito alegado, demonstra-se um óbice insuperável conferir a qualidade da coisa julgada a decisão sumária proferida no procedimento antecedente, mais evidente ainda, para quem restringe-a aos efeitos declaratórios. A tutela antecipada, como já dito no subcapítulo anterior, não é apta a conferir o bem da certeza jurídica, logo não haveria o objeto para sua incidência. (MARINONI, 2008).

Todavia, antes de se concluir a respeito, perquire-se acerca de duas questões. Seria possível, a partir do *fumus boni iuris*, extrair certificação a respeito do direito alegado existente pelo autor, assim, possibilitando a incidência de coisa julgada no procedimento de tutela de urgência antecedente satisfativa? Ou, seria possível identificar a coisa julgada limitada a apenas ao que se estabilizou? (LOPES, 2016).

3.2.1 Certificações de cognição sumária

O art. 310, CPC, confirma a primeira hipótese, ainda que previsto para o procedimento cautelar antecedente: “O indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição.”

A norma já existia no art. 810 do CPC/73. O entendimento doutrinário majoritário acerca do dispositivo, conforme ensina Humerto Theodoro Júnior (2009, p. 531), com quem Ovídio Baptista concordava, é de que “excepcionalmente, o juiz, entrando no mérito da controvérsia existente entre os litigantes, acolhe, desde logo no julgamento da pretensão preventiva, a exceção material de prescrição ou decadência.”

Isto é, não é estranho ao ordenamento a obtenção de declaração acerca da inexistência de um direito a partir de *fumus boni iuris*. Entretanto, trata-se de uma exceção aplicável a

particularidade do direito material alegado. Não se dá para generalizar a técnica a toda e qualquer tutela antecipada, muito menos às que se referem a existência de um direito, cuja repercussão afetará a esfera patrimonial de outrem. (LOPES, 2016) Retoma-se. “Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo.” (TALAMINI, 2005, p. 54).

Como antes demonstrado, a tutela antecipada deriva do conflito entre os princípios da inafastabilidade da jurisdição, da duração razoável do processo, e da segurança jurídica, em atenção ao acesso à justiça. Assim, como ensina Eduardo Talamini (2012, p. 28), a ausência de cognição exauriente para proferir decisões sumárias não se mostra um problema:

A emissão de decisões amparadas em cognição sumária (superficial) não é em si mesma incompatível com as garantias do processo. Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere.

Entretanto, ainda que seja deferida em atenção à necessidade ímpar de efetivação do caso concreto; em atenção à segurança jurídica:

se paga um preço pelo emprego da cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquira o mesmo grau de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva. (TALAMINI, 2012, p. 28).

Sendo assim, incapaz de estabilizar-se tal como a coisa julgada.

Há mais um apontamento a se fazer na seara da primeira indagação. Trata-se da sentença que julga o mérito em procedimento, do processo de conhecimento, no qual houve a revelia do réu. A questão relaciona-se especialmente à estabilização da tutela, porque, tal como na revelia, a decisão estabiliza-se sem manifestações da parte contrária.

Eduardo Talamini em sua monografia (2005), rebate argumento do professor José Roberto dos Santos Bedaque, que apontou haver coisa julgada sob cognição sumária no procedimento à revelia do réu, dispondo que, embora não tenha havido manifestações do demandado, há cognição exauriente por conta dos poderes instrutórios do magistrado.

Isto é, a revelia gera uma presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, mas não é inquestionável. Conforme art. 370 do CPC, o magistrado está autorizado a determinar a produção probatória necessária a fim de julgar o mérito. Dessa forma, essa possibilidade já afasta a inquirição de cognição sumária, visto que:

O adequado critério para tal classificação (sumário *versus* exauriente) é dado

por aquilo que se fez antes, no curso do processo – melhor dizendo: por aquilo que o procedimento legalmente previsto possibilitava fazer para chegar à decisão. (TALAMINI, 2005, p. 60).

Sendo assim, ainda que se possa comparar as situações por não haver manifestações da parte passiva, já que a não interposição do agravo pelo réu no procedimento antecedente gera a estabilização, na hipótese da revelia, extrai-se uma declaração com fundamento em cognição exauriente.

Feitas essas considerações, remanesce analisar a possibilidade da coisa julgada limitar-se aos efeitos satisfativos da tutela antecipada estabilizada.

3.2.2 Efeito positivo, negativo e preclusivo da estabilização

O art. 304, CPC, prevê a estabilização da tutela satisfativa conferida nos moldes do art. 303, se, de sua concessão, não for interposto o respectivo recurso. Como trabalhado alhures, trata-se de aplicação da técnica monitória no processo de conhecimento, por meio da qual se viabiliza a autonomia da tutela, haja vista que o § 3º, do art. 304, prevê, após a extinção do procedimento, § 1º, a conservação de seus efeitos enquanto não for revista, reformada ou invalidada por demanda posterior com esse propósito (art. 304, § 2º do CPC).

Assim, para responder a hipótese outrora aberta, entende-se necessário analisar a estabilização pela ótica das consequências da coisa julgada, isto é, se há a eventualidade de se extrair os efeitos negativos, positivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada, dos efeitos antecipados da decisão estabilizada.

Estabilizada a tutela, o processo originário é extinto; incumbe-se à parte interessada dar prosseguimento ao feito em nova demanda com o intuito de rever, reformar ou invalidar a decisão estabilizada. Daí, já se percebe uma aproximação para com a coisa julgada, há a verificação do trânsito em julgado, a preclusão temporal operada impede que a discussão prossiga no mesmo procedimento.

É possível perceber ainda, uma outra identidade: trata-se da dimensão negativa da coisa julgada. Essa impede o desenvolvimento de demanda cujo pedido e causa de pedir em discussão pelas partes, fora apreciado em outra demanda cuja norma jurídica concreta está acobertada pela coisa julgada (CABRAL, 2014); na estabilização, também se verifica um impedimento a reapreciação de demanda idêntica àquela em que houve o deferimento da tutela estabilizada. Contudo, as semelhanças limitam-se até aqui, as causas são diferentes.

Na estabilização, o juízo não está impedido de proferir novo julgamento porque já exerceu sua atividade jurisdicional relativa à causa. Pelo contrário, na realidade, como discorrido, há permissão expressa para os litigantes intentarem nova decisão, contudo - eis a diferença precípua entre os institutos nesse âmbito -, a decisão que concede a tutela antecipada não resolve o litígio, apenas satisfaz o autor por ordens e execuções. O impedimento dá-se por força da cláusula *rebus sic stantibus* extraível dos arts. 296 e 298, CPC, aplicável a qualquer tutela provisória, como bem ensina Didier:

Exige-se, porém, para que se possa revogá-la ou modificá-la, que tenha ocorrido alguma alteração posterior no estado de fato – afinal a medida é concedida *rebus sic stantibus* – ou o advento de novo elemento probatório, que tenha tornado inexistente algum dos pressupostos outrora existente. (2016, p. 599).

A indiscutibilidade operada nesse caso, não advém da estabilização, mas do própria técnica de antecipação, tanto as cautelares, quanto as modalidades satisfativas (antecipada e evidência), antecedente ou incidental, sujeitam-se ao fenômeno. Verifica-se uma preclusão consumativa para o magistrado, junto à preclusão temporal com a extinção do processo.

Pois bem, mencionadas essas semelhanças, ainda que precárias, dados os apontamentos, as demais funções da coisa julgada alargam mais ainda as discrepâncias. A função positiva da coisa julgada, como já disposto, pressupõe a declaração acerca da existência de um direito em uma decisão para que projete a indiscutibilidade da *res iudicata* como questão prejudicial a outros procedimentos, isto é, compondo suas atividades cognitivas. Como não há na decisão concessiva da tutela antecipada estabilizada a norma jurídica concreta a dirimir o litígio, não há como a decisão antecipada tornar-se questão prejudicial a outro procedimento, vinculando outros magistrados ao que foi proferido. (LOPES, 2016).

Pensa-se no seguinte exemplo: estabiliza-se a tutela antecipada antecedente na qual houve a determinação (efeito mandamental), para que o réu pague alimentos ao autor, provável filho. (WAMBIER e TALAMINI, 2016). Qual declaração poder-se-ia extrair, para se utilizar como fundamento numa ação que o autor pretenda suceder pelo falecimento do réu? Para se obter um juízo certificativo jurisdicional a respeito da relação parental, autor e réu, necessariamente, precisam proceder a exauriência cognitiva.

Por fim, remanesce verificar a eficácia preclusiva da coisa julgada. Retoma-se as noções do instituto. “Fica vedado à parte valer-se das alegações e defesas que poderia ter feito e não fez, a fim de tentar obter outro pronunciamento jurisdicional acerca do mesmo pedido e causa de pedir em face do mesmo adversário.” (TALAMINI, 2005, p. 86) Como já discorrido, trata-

se de uma blindagem ao julgado contra tentativas de se obter pronunciamento contraditório ao já proferido, utilizando-se de questões fático-jurídicas que deixou de alegar, decorre de disposição expressa do art. 508 do CPC.

A eficácia negativa da coisa julgada impede a reapreciação de mesmo pedido e causa de pedir pelas partes; a eficácia preclusiva, impede que questões que deveriam ter sido suscitadas pelas partes na demanda e que precluíram, sejam apreciadas em demanda diversa com intento a modificar o julgado primário. A eficácia preclusiva, protege o julgado, mas não é inerente à coisa julgada, decorre de manifestação legislativa expressa do artigo supracitado.

Entretanto, quanto a estabilização, não se verifica qualquer dispositivo prevendo uma eficácia preclusiva a impedir a proferição de decisões incompatíveis, isto é, não há preclusão de questões que as partes poderiam se valer. A bem da verdade, por força também do § 2º do art. 304, estão permitidas a fazê-lo, inclusive o dispositivo prevê algumas possibilidades (revisão, reforma e invalidação). (LOPES, 2016).

Sendo assim, pelo que se pôde observar, a extrema sumaridade do procedimento antecedente não permite a incidência da coisa julgada, são diversos os elementos conflitantes que a impede de tornar a decisão sumária indiscutível por suas características.

3.2.3 A indiscutibilidade das eficácias antecipadas

Se da mera estabilização não se extrai impossibilidades de se rediscutir a tutela antecipada, não se pode dizer o mesmo quando se observa a “imutabilidade das eficácias antecipadas.” (COSTA, 2015)

O § 6º do art. 304, dispõe, expressamente, que a decisão concessiva da tutela não fará coisa julgada, entretanto, o § 5º impõe prazo decadencial de 2 anos para o intento a revê-la, reformá-la ou invalidá-la, deixando aberta a abrangência da estabilidade após o decaimento do direito, ou seja, indaga-se se, após o prazo, a decisão tornar-se-á indiscutível e imutável tal como a coisa julgada o faz nas decisões definitivas.

Pelo investigado até o momento, seja pela ausência ou impossibilidade de se extrair a declaração ou norma jurídica concreta para a resolução do litígio, seja pelas discrepâncias procedimentais, não se dá para afirmar que há viabilidade de incidência da coisa julgada na decisão estabilizada. Entretanto, alguma estabilidade proveniente do decaimento do direito, a

isso se dá para observar, como denotou Eduardo José da Fonseca Costa (2015): “se há a previsão de um prazo para o exercício de um poder para a parte (onerando-a, pois), é porque, caso ela não cumpra o ônus lhe imputado, consequências devem advir-lhe.” Assim, deve-se realizar uma interpretação sistemática do procedimento, para bem compreendê-lo.

Pois bem, como ensinam Talamini e Wambier (2016), na linha do já discutido, o CPC faculta a qualquer uma das partes prosseguir com o feito estabilizado em nova demanda para se obter a declaração mediante cognição exauriente. Entretanto, é impreciso quanto a desconstituição da tutela estabilizada, isto é, a sua revisão, isso porque, somente o réu possui interesse jurídico para isso, haja vista que a determinação judicial impõe um ônus a apenas ele.

Recupera-se o exemplo dos alimentos estabilizados contra suposto pai. Ambas as partes têm interesse jurídico para propor ação visando a declaração acerca da relação parental, entretanto, a decisão antecipada limita-se a determinar o pagamento dos alimentos, nada dispõe sobre a paternidade, assim, uma vez concedida a tutela e estabilizada, não se vislumbra interesse do autor em desconstituí-la. Em seus magistérios: “A ninguém é dado pretender providência judicial contrária à sua própria esfera jurídica.” (WAMBIER e TALAMINI, 2016, p. 897) “De modo que, da tutela antecipada, o autor não retira nenhum outro efeito além da ordem de pagar alimentos.”(WAMBIER e TALAMINI, 2016, p. 897).

Essa última informação é muito importante, retomando-se, transcorrido o prazo decadencial, a indiscutibilidade extraível do § 5º incide especificamente em ação de desconstituição estrita a tutela antecipada, isso porque, o que o magistrado apreciou e determinou limita-se ao pedido de antecipação (ao pagamento dos alimentos), isto é, a decisão refere-se a pretensão processual à antecipação, e somente a ela, o prazo limita a modificação da decisão proferida. Sendo assim, como nada dispõe acerca da tutela definitiva (relação parental) que sequer foi apreciada, a preclusão processual cinge-se à modificação da tutela antecipada, cujo interesse processual, só o réu possui. (COSTA, 2015).

Dessa forma, é a eficácia da tutela antecipada que se torna imutável, não se pode discutir a decisão que produz os efeitos práticos nos limites concedidos, “trata-se de uma imutabilidade calcada numa discutibilidade relativa” à antecipação e somente a ela (COSTA, 2015), “nada impede que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma nova demanda, com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta” (ALVIM WAMBIER, LICASTRO, FERRES e CONCEIÇÃO, 2015, p. 514).

Acrecente-se a isso, o fato de que o procedimento instituído, não prevê qualquer efeito preclusivo, assim, é possível propor qualquer ação incompatível com a tutela indiscutível, desde que não vise especificamente sua desconstituição. Num sentido analógico, poder-se-ia compará-la ao efeito negativo da coisa julgada, o réu está impedido de propor ação cujo pedido e causa de pedir versem especificamente sobre o objeto processual da estabilização – a tutela conferida pela mandamentalidade e execuções -, mas não o está para qualquer outro pedido que minimize suas perdas ou casse-a ao final.

No exemplo dos alimentos estabilizados, transcorrido o prazo de dois anos, o réu não mais poderá desconstituir os alimentos fixados, contudo, nada o impedirá de propor ação visando a declaração acerca da relação parental, que, ao final, se observado a inexistência da paternidade, implicará na cassação da tutela antecipada. (TALAMINI e WAMBIER, 2016)

Um outro exemplo, antecipa-se a determinação para que o réu pague quantia que ele já havia pagado, a tutela estabiliza, há o decaimento do direito de desconstituí-la, não haverá óbice algum a que o réu proponha ação visando a restituição do primeiro adimplemento, o que ocorreria se incidisse a coisa julgada e a reboque a eficácia preclusiva. (LOPES, 2016)

Ao que se percebe, o fenômeno aqui tratado não se identifica à coisa julgada, o dispositivo que prevê a limitação temporal para reforma, revisão e invalidação da tutela estabilizada, só pode ser bem compreendido se visualizado sistematicamente ao regime das tutelas instituído. Nessa linha, como a tutela antecipada restringe-se à dizer apenas acerca da produção de efeitos mandamentais e executivos para afastar o perigo, a indiscutibilidade que se opera com o decaimento do direito, se refere apenas a essas concessões mandamentais e executivas. São elas que não podem ser modificadas. Logo, não há impedimento algum que se profira decisões incompatíveis com a decisão estabilizada, desde que não se restrinja a desconstituição desses efeitos. Assim, denota-se que o legislador criou algo novo, mais que uma mera preclusão do trânsito em julgado, já que torna as eficácias antecipadas imutáveis, porém, menos que a coisa julgada, visto que são imutáveis enquanto não sobrevenha decisão exauriente cassando-a.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu neste trabalho, a tutela definitiva a dirimir um litígio deflui da consonância dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da segurança jurídica, em atenção ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa; via de regra, sua prolatação demanda tempo considerável.

Entretanto, o presente trabalho apresentou como tema a estabilização da tutela antecipada, a qual, ao invés, decorre do conflito entre esses princípios. A prestação jurisdicional deve condizer às exigências fático-jurídicas do direito material em litígio, nesse linha, em atenção à duração razoável do processo, bem como ao acesso à justiça, pensando nas infinitas possibilidades em que uma das partes não deve arcar com o ônus do tempo pela demora da prestação jurisdicional, o legislador do Código de Processo Civil de 2015 instituiu o regime das tutelas provisórias, no qual se identifica técnicas hábeis a conferir de imediato a satisfação ou proteger o direito material para satisfação futura.

Nesse sentido, delimitou-se o objeto de pesquisa como sendo a possibilidade de configuração da coisa julgada na estabilização da tutela antecipada, para cuja abordagem foi proposto o seguinte problema: o legislador de 2015, como de costume, não foi claro ao redigir o § 5.º do art. 304 do CPC, no qual se percebe a previsão de um prazo decadencial para o exercício de um direito, no caso, a revisão, reforma ou invalidação da tutela estabilizada pelo *caput* e § 1.º do art. 304., sem, contudo, explicar a abrangência desse dispositivo, ocasionando dúvidas se o decaimento do direito de revisão, reforma ou invalidação da tutela, torna-a indiscutível e imutável tal como as decisões definitivas o são pelo art. 502 do CPC.

Como resposta ao problema, formulou-se a hipótese de impossibilidade de configuração da coisa julgada na estabilização da tutela antecipada, dessa forma, o objetivo geral do presente trabalho foi conferir a possibilidade de configuração da coisa julgada na decisão antecipada estabilizada.

Nessa linha, para isso, analisou-se sinteticamente os diversos entendimentos doutrinários que gravitam o tema. A princípio, o primeiro capítulo identificou e conceituou a estabilização da tutela antecipada (satisfativa) no regime das tutelas provisórias do CPC de 2015, demonstrando suas divergências para com as tutelas cautelares, bem como, especificamente à modalidade satisfativa, suas diferenças para com às tutelas de evidência, as quais não são viáveis de pleito antecedente sem que se perceba, também, a urgência do direito

material.

O segundo capítulo debruçou-se nas estabilidades processuais clássicas, isto é, analisou a preclusão processual e a coisa julgada. Com relação ao primeiro instituto, o presente trabalho não pretendeu exaurir seus entendimentos, traçou seus contornos para subsidiar a compreensão da coisa julgada, a qual ocupou sua maior parte. Para conceituar a coisa julgada, utilizou-se de uma metodologia indutiva atrelada à análise sintética, na medida em que conferiu ao leitor elementos do instituto à medida em que se analisou as controvérsias doutrinárias a seu respeito, para ao final, conceituá-lo de maneira mais ou menos uniforme. Além disso, ainda nesse capítulo, também houve o estudo de seus limites objetivos, bem como de seus efeitos positivo, negativo e eficácia preclusiva, já que são características imprescindíveis para se estabelecer um contraponto para com a estabilização da tutela.

Por fim, no terceiro capítulo, comparou-se as características discerníveis da estabilização da tutela antecipada, com as características próprias da coisa julgada, assim, pelo que se verificou, a hipótese deste trabalho foi confirmada, a estabilização da tutela antecipada não viabiliza a configuração da coisa julgada.

Como se viu, a tutela antecipada não tem capacidade de antecipar a certificação jurídico-formal. Na realidade, há um certo equívoco em pensar numa antecipação de efeitos da tutela definitiva, a decisão que profere a tutela antecipada, produz efeitos discerníveis da decisão definitiva com repercussões práticas, isto é, determina ou executa para satisfazer e afastar o perigo, mas não antecipada a tutela definitiva. Por essa razão, ausente a eficácia declaratória ou a norma jurídico concreta a dirimir o litígio, inerente a todas as decisões sob cognição exauriente, a estabilização da tutela antecipada é incapaz de ser alvejada pela coisa julgada.

Entretanto, a fim de exaurir as possibilidades, embora a decisão antecipada não contenha a declaração própria da decisão definitiva, investigou-se a viabilidade de se extrair declaração a respeito do *fumus boni iuris* demonstrado pelo autor após o decaimento, para assim possibilitar a incidência da coisa julgada na decisão estável, ou se seria possível limitá-la à decisão antecipada, ainda que sem declaração.

Para ambas as investigações, as constatações foram negativas. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada a cognição exauriente que afasta a possibilidade de se extrair declaração da probabilidade do direito demonstrada pelo autor, bem como, ao contrapor as limitações procedimentais da estabilização da tutela antecipada à coisa julgada, não se pode identificar qualquer possibilidade de produção dos efeitos positivo, negativo, e da eficácia

preclusiva da coisa julgada na estabilização.

Sendo assim, por tudo o que se analisou, não se pôde observar a *res iudicata* na estabilização da tutela, mesmo após o decaimento do direito, mas, pôde-se identificar um instituto novo, algo que ultrapassa a estabilidade proveniente da mera preclusão do trânsito em julgado, sem, contudo, tornar-se indiscutível e imutável tal como a coisa julgada. Como identificou Eduardo José da Fonseca Costa, esta-se diante de uma imutabilidade das eficácias antecipadas.

REFERÊNCIAS

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; LICASTRO, Rogério Torres de Mello. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**, I v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. II v. tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. II v. tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. III v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

ASSIS, Carlos Augusto. **A antecipação de tutela e a sua estabilização. Novas Perspectivas**. In: **Tutela provisória no novo CPC**. São Paulo: Saraiva, 2016. BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de oliveira; LUCON, Paulo Henrique dos santos (coord.)

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v.4. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Manual de direito processual civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antonio do passo. **Coisa Julgada e preclusões dinâmicas**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014

_____, **Alguns mitos do processo (I): A contribuição da prolusione de Chiovenda em Bolonha para a teoria da ação**. Revista de Processo, São Paulo: RT, 2013, n. 216

_____, **Alguns mitos do processo (II): Liebman e a coisa julgada**. Revista de Processo, São Paulo: RT, 2013, n. 217

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006
COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A estabilização e a imutabilidade das eficácias antecipadas**. Out. 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/> Acesso em: 20 nov 2016

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 1 v. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

_____. **Curso de direito processual civil**. 2 v. 11. ed. Salvador: JusPodium, 2016

GRECO, Leonardo. **A tutela de urgência e a tutela de evidência no código de processo civil de 2014/2015**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro: REDP, v. XIV, 2014.

LIEBMAN, Erico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada**. In: **Tutela provisória no novo CPC**. São Paulo: Saraiva, 2016. BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de oliveira; LUCON, Paulo Henrique dos santos (coord.)

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **A tutela provisória na atualidade, avanços e perspectivas: entre os 20 anos do art. 273 do CPC de 1973 e a entrada em vigor do novo CPC**. In: **Tutela provisória no novo CPC**. São Paulo: Saraiva, 2016. BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de oliveira; LUCON, Paulo Henrique dos santos (coord.)

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 2. v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Antecipação da tutela**, 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. “Da Tutela provisória”. In: **Breves comentários ao Código de Processo Civil**. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coord.). São Paulo: RT, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)**, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. **Temas de direito processual**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Temas de direito processual (terceira série)**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Temas de direito processual (quarta série)**. São Paulo: Saraiva, 1989.

NIEVA-FENOLL, Jordi; CABRAL, Antonio do Passo (trad.). **Coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. – (Coleção Liebman / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier e Eduardo Talamini).

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, **O formalismo-valorativo no confronto como formalismo excessivo**. Revista de Processo, São Paulo: RT, 2006, n. 137

OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Da tutela antecipada à tutela superantecipada: breves considerações acerca dos requisitos essenciais da petição inicial simplificada.** In: **Tutela provisória no novo CPC.** São Paulo: Saraiva, 2016. BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de oliveira; LUCON, Paulo Henrique dos santos (coord.).

RIBEIRO, Leonardo Ferres da silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência. Do CPC/1973 ao CPC/2015.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo.** 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil.** São Paulo: Atlas, 2006

_____. **Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”.** In: **Tutela provisória no novo CPC.** São Paulo: Saraiva, 2016. BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA NETO, Olavo; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de oliveira; LUCON, Paulo Henrique dos santos (coord.).

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil.** 1 v. 1 tomo. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Sentença e Coisa julgada: ensaios.** 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 1988

_____. **Do processo cautelar.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

_____, **Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro.** Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 209.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. **Revista de processo.** São Paulo, n. 206, p. 13-59, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** I v. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Processo Cautelar.** 44 ed. São Paulo: Forense, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil.** 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição do processo.** 3 ed. São Paulo: Perfil, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.